Die rechtliche Stellung

der

Geschäftsführer der G. m. b. H.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Willy Johannes Geyer

bacc. iur. und Referendar

aus Dresden.

AKAD. BIBLIOTHEK LEIPZIG

Otto Wigand

Verlagsbuchhandlung und Buchdruckerei m. b. H.

Leipzig 1906.

Meinen lieben Eltern

gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	Einleitung	9
§ 2.	Der rechtliche Charakter der G. m. b. H.	10
§ 3.	Die Qualität der Geschäftsführer als Organe	15
§ 4.	Die Qualifikation der Geschäftsführer	20
§ 5.	Die Bestellung der Geschäftsführer	26
§ 6.	Die rechtlichen Grundlagen des Amtes der Geschäftsführer	35
§ 7.	Einzel- und Kollektivvertretung	47
§ 8.	Legitimation der Geschäftsführer und Form ihrer Willenserklärung	59
§ 9.	Umfang und Wirkung der Vertretung	67
§ 10.	Die gerichtliche Vertretung der Gesellschaft durch die Geschäftsführer	76
§ 11.	Die Verwaltungsfunktion der Geschäftsführer	97
§ 12.	Die civilrechtliche Haftung der Geschäftsführer	110
§ 13.	Die civilrechtliche Haftung der Geschäftsführer gegenüber den Gesellschaftern	129
§ 14.	Die civilrechtliche Haftung der Geschäftsführer gegenüber Dritten	131
§ 15.	Die strafrechtliche Haftung der Geschäftsführer	133
§ 16.	Die Endigung des Geschäftsführerverhältnisses	138

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535715_0041

Literaturverzeichnis.

1. Staub: Kommentar zum Ges. betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Berlin 1903.
2. Hergenhahn: Das Reichsgesetz betr. die G.m.b.H., erläutert. Berlin 1892.
3. Förtsch: Gesetz betr. die G.m.b.H. in der am 1. Januar 1900 in Wirksamkeit tretenden Fassung. 2. Aufl. Leipzig 1899.
4. Liebmann: Kommentar zum Ges. betr. die G.m.b.H. 4. Aufl. Berlin 1899.
5. Rosenthal: Das Reichsges. betr. die G.m.b.H. vom 20. April 1892 in der vom 1. Januar 1900 an geltenden Fassung. Leipzig 1901.
6. Neukamp: Das Reichsges. betr. die G.m.b.H. vom 20. April 1892. Berlin 1893.
7. Birkenbihl: Das Reichsges. betr. die G.m.b.H. mit Kommentar. Berlin 1893.
8. Merzbacher: Ges. betr. die G.m.b.H., erl. München 1904.
9. Parisius und Crüger: Das Reichsges. betr. die G.m.b.H. Berlin 1893.
10. Esser: Das Reichsges. betr. G.m.b.H., erl. Berlin 1902.
11. Bauer: Geschäftsführung und Aufsichtsrat bei der G.m.b.H. Leipzig 1904.
12. Staub: Kommentar des H.G.B.
13. Gierke: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887.
14. Birkmeyer: Encyklopädie der Rechtswissenschaft. Berlin 1901.
15. Gareis: Das deutsche Handelsrecht, ein kurzgefasstes Lehrbuch. Berlin 1903. 7. Aufl.
16. Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts. Stuttgart 1903. 6. Aufl.
17. Dernburg: Pandekten. 1900.
18. Entwurf eines Ges. betr. G.m.b.H. nebst Begründung und Anlagen.

19. Bähr: Ges. m. b. H. Leipzig 1892.
20. Esser: Die G. m. b. Haftbarkeit, eine gesetzgeberische Studie. Berlin 1886.
21. Lubszynski: Die G. m. b. H. Berlin 1893.
22. Frh. v. Liebig: Die Gen. m. b. H. und ihre Behandlung im Konkurse. München 1892.
23. Michel: Der Rechtscharakter der G. m. b. H. Fürth 1892.
24. Benfey: Die Geschäftsführer bei der G. m. b. H. Diss. Göttingen 1896.
25. Haase: Die rechtliche Stellung der Geschäftsführer der G. m. b. H. Diss. Berlin 1896.
26. Entscheidungen: des Reichsgerichts in Civilsachen.
27. — des Reichsgerichts in Strafsachen.
28. — des Reichsoberhandelsgerichts.
29. Gaupp-Stein: Kommentar der C.P.O. 4. Aufl. 1901 und 1902. Tübingen und Leipzig.

§ 1.

Einleitung.

Der Aufschwung und die Vielseitigkeit der wirtschaftlichen Entwickelung des geeinten Deutschlands legten dem Gesetzgeber die Pflicht auf, dem Fortschritte entsprechende Neubildungen auf dem Gebiete des Associationsrechtes zu schaffen.

Besonders auch die Betätigung des einheimischen Unternehmersinnes in den neuerworbenen deutschen Kolonien ergab die Notwendigkeit, für Wirtschafts- und Handelsbestrebungen durch Gesetz genossenschaftliche Formen zu bilden, die der Unsicherheit und Unkontrollierbarkeit der Kapitalanlage durch eine beschränktere Haftung der Mitglieder Rechnung trug und auch eine freiere Statutenbildung ermöglichte. Die gesetzlichen Bestimmungen hierfür finden sich im Schutzgebietsgesetze [1]).

Einen weiteren Schritt in dieser Richtung bedeutete die Revision der Genossenschaftsgesetzgebung im Sinne Schulze-Delitzschs und Raiffeisens, die in dem Reichsgesetz betr. Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften zum Ausdruck kam [2]). Dieses Gesetz

---

1) Ges. vom 15. März 1888, §§ 8, 9 u. 10, R.G.Bl. 1888 S. 73, 74; abgeändert durch Gesetz vom 10. Sept. 1900, §§ 11, 12, 13 und ausgedehnt auch auf die Gesellschaften, die in deutschen Konsulargerichtsbezirken ins Leben traten, R.G.Bl. 1900 S. 815, 816.

2) Ges. vom 1. Mai 1889, R.G.Bl. 1889 Nr. 11 S. 55—93; abgeändert durch Reichsgesetz vom 12. Aug. 1896, R.G.Bl. 1896 Nr. 29

war vornehmlich bestimmt, einer ungeschlossenen Mehrzahl selbständig wirtschaftlich tätiger Personen durch genossenschaftliche Einigung und Selbsthülfe die günstigeren Erwerbs-, Betriebs- und Absatzbedingungen des Grossbetriebes zu verschaffen und den Genossenschaftern den Vorzug einer Haftungsbeschränkung zu gewähren.

Jedoch nicht nur den Interessen des werktätigen Mittelstandes, sondern auch denen des Handelsstandes überhaupt waren diese Neueinrichtungen als förderlich zu erachten. So waren dieselben Gesichtspunkte maßgebend bei Entstehung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung [1]). Dass diese Neuschöpfung, bisher fehlende Möglichkeiten bietend, einem in weitesten Kreisen empfundenen Bedürfnis Rechnung trug, beweist die Aufnahme, die die neue Gesellschaftsform allenthalben fand, so dass es jetzt im Deutschen Reich mehr als 8000 Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit etwa 2 Milliarden Stammkapital gibt.

§ 2.

Der rechtliche Charakter der G. m. b. H.

Ehe ich zum Thema übergehe, ist es nötig, Wesen und Struktur der Gesellschaft kurz zu kennzeichnen

S. 695—698 und durch Art. 10 des Einführungsgesetzes des H.G.B. vom 10. Mai 1897, R.G.Bl. 1897 Nr. 23 S. 439 ff.

1) Ges. vom 20. April 1892, R.G.Bl. 1892 Nr. 24 S. 477 ff. Abgeändert durch das Einführungsgesetz zum H.G.B. vom 10. Mai 1897 Art. 11, R.G.Bl. 1897 Nr. 23 S. 443—47. Daraufhin neugefasst am 20. Mai 1898 in der vom 1. Jan. 1900 an geltenden Fassung, R.G.Bl. 1898 Nr. 25 S. 846—867. Neben diesem Gesetz ist für das Recht der neuen Gesellschaft subsidiär anzuwenden das Recht des H.G.B. und schliesslich insbesondere bei Fragen grundlegender Natur das Recht des B.G.B. (Staub, Komm. S. 21), vergl. § 13 Abs. 3 des Ges.: Die Gesellschaft gilt als Handelsgesellschaft im Sinne des H.G.B.

und dadurch die Betrachtung ihrer genannten Organe vorzubereiten.

Zum Verständnis der Gesellschaftsform wiederum dient die Erwägung ihrer Notwendigkeit an der Hand einzelner Bedürfnisfälle.

Der genossenschaftliche Zusammenschluss mehrerer Erfinder, Terraineigentümer, Abbauberechtigter oder Erben eines Kaufmanns, Industriellen oder Patentinhabers, denen eine Führung der Geschäfte und eine Realisierung des Wertes in eigener Person nicht möglich war, und die zugleich nur einen Teil ihres Vermögens aufs Spiel setzen wollten, war früher nur in Gestalt einer Aktiengesellschaft denkbar. Jedoch entsprach diese Gesellschaftsform mit ihrer starren, umfangreichen Organisation und ihrem kollektivistischen Charakter nicht immer den Wünschen derer, die bei z. B. beschränkterer Mitgliederzahl individualistischere Tendenzen verwirklicht sehen wollten unter Umgehung eines komplizierten Verwaltungsapparates, dessen das vorläufig noch unsichere Unternehmen nicht bedurfte [1]). Andere Gründer wollten vielleicht das fluktuierende Moment der Mitgliedschaft vermieden und die Anteile möglichst dauernd in derselben Hand wissen. Diesem verschiedenartigen Bedürfnis war Ausdruck verliehen in dem aus der Mehrheit der deutschen Handelskammern an den preussischen Handelsminister gerichteten Votum vom 7. Dezember 1888. Es wird darin befürwortet „die Errichtung individualistischer und kollektivistischer Erwerbsgesellschaften auf der Grundlage der in Anteile zerlegten Mitgliedschaft und der beschränkten Haftbarkeit der Mitglieder, welche gleichzeitig die Vertragsfreiheit möglichst wenig einschränkt". Insbesondere notwendig zu erachten sei, „dass die Ge-

1) Vgl. Motive S. 31 f.

setzgebung über solche neue Gesellschaftsformen es gestatte, durch den Gesellschaftsvertrag Bestimmungen zu treffen, nach welchen sowohl die Erhöhung als auch die Verminderung der Einlagen durch Mehrheitsbeschluss mit zwingender Wirkung für die Minderheit eingeführt, und der letzteren im Falle eines auf die Erhöhung der Einlagen gerichteten Beschlusses das Recht zum Ausscheiden aus der Gesellschaft mit Verlust ihres Anteils eingeräumt werden kann“ [1]).

Dieselbe Begründung der Notwendigkeit einer analogen Schöpfung für Oesterreich findet sich in der Festschrift des Wiener Advokatenvereins Union [2]).

Das Prinzip der Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen entspricht dem Kollektivismus des Aktienrechts. Nur das Gesellschaftsvermögen haftet und nicht der einzelne Gesellschafter [3]). Hier wie dort fliesst die Summe der Mitgliedschaftsrechte des Einzelnen aus seinem einen Teil des Grundkapitals bildenden Stammeinlagebetrage, der jedoch hier nicht wie dort aus einer Anzahl gleicher Werteinheiten besteht, sondern in sich einen Block bildet. Wenn Staub S. 24, entgegen Förtsch S. 4 und 25, eine Gleichheit der G.m.b.H. mit der Aktiengesellschaft bezüglich der Gesellschaftsanteile daraus herleitet, dass auch bei der Aktiengesellschaft die Höhe der Aktienbeträge verschieden sein kann, so basiert dieser Schluss auf einer vom Gesetzgeber zugelassenen Möglichkeit, nicht auf dem Charakteristikum. Bei der Aktiengesellschaft werden Emissionen gruppenweis gleichlautender Beträge aufgelegt. Eine Gleichheit innerhalb derselben ist erforderlich. Bei der G.m.b.H. jedoch werden die einzelnen Beträge ad libitum fixiert, wobei man nur

1) Vergl. Liebmann S. 5, 6.
2) Wien 1905 von Dr. A. Homann S. 86—95.
3) § 13 Abs. 2 des Gesetzes.

Rücksicht auf den § 5 des Gesetzes zu nehmen hat[1]). Dieser Block muss allerdings derartig bemessen sein, dass er unter Wahrung einer Mindesthöhe von 500 Mk. zum Grundkapital in einem rechnerischen Verhältnis durch hundert teilbar stehen muss. — Das oben angedeutete Haftungsprinzip, das nur das Gesellschaftsvermögen haftbar macht, das als wichtigstes schon in der Bezeichnung der Gesellschaftsform zum Ausdruck kommt, führt durch seine Ablehnung individualistischen Charakters zu dem Schlusse, dass nicht die einzelnen haftbaren Individuen, sondern das corpus, dem sie insgesamt angehören, als Rechtssubjekt in Betracht kommen könne[2]), dass die G.m.b.H. wie die Aktiengesellschaft und Genossenschaft mithin als juristische Person aufzufassen sei[3]). Dass dieser kollektivistische Zug vom Gesetzgeber für die G.m.b.H. gewollt ist, erhellt aus dem Wortlaut des Gesetzes, wonach der Gesellschaft und nicht den Socii Rechte und Pflichten zugesprochen werden[4]).

Die Struktur der G.m.b.H. ist jedoch keine vom Gesetzgeber typisch festgelegte.

Bei der einen G.m.b.H. bemerkt man ein Vorherrschen des starren Verbandsprinzips, bei einer anderen wieder Zugeständnisse an eine societätsähnliche Form. Diese weitgehenden Abweichungen ermöglicht das Gesetz in der Zulässigkeit einer vielseitigen Statutenbildung, wodurch die Anpassung der Gesellschafts-

---

1) § 5 Abs. 2, § 17 Abs. 5; vgl. Stb. S. 51 Anm. 5 und S. 137 Anm. 9; Birkenbihl S. 100 ff.

2) Dernburg, Pandekten 1900 § 61 S. 139.

3) Vgl. Cosack S. 634; Birkmeyer S. 302; Gareis S. 115, 290, 310; Staub § 13 Anm. 1 ff. S. 93/94; Merzbacher S. 33; Esser S. 38; R.G.E. 3 S. 11 für die Gen.; Beschl. des O.L.G. Dresden v. 7. Jan. 1896; Ann. d. O.L.G. Bd. 18 S. 180.

4) § 13 des Ges. vergl. § 17 des Gen.-Ges. und § 200 H.G.B.

form an die verschiedenartigsten Bedürfnisse ermöglicht wird [1]).

Eine G.m.b.H. kann sich durch Berufung sämtlicher Mitglieder zur Geschäftsführung dem Bilde der offenen Handelsgesellschaft nähern, abgesehen natürlich von dem Umstande, dass die Mitglieder nicht wie dort mit ihrem Vermögen haften. Eine G.m.b.H. kann jedoch auch der Aktiengesellschaft in ihrer Organisation so weit gleichkommen, dass nur noch im wesentlichen die leichtere Übertragbarkeit der Anteile bei der A.G. als Unterscheidungsmerkmal verbleibt. Besonders tritt die Gestaltungsmöglichkeit bei den Organen in Erscheinung.

Zuvörderst ist Organ die Gesamtheit der Gesellschafter. Die Stimmfähigkeit des Einzelnen ergibt sich aus seiner Mitgliedschaft; sie ist das Äquivalent, das er für die versprochene Einzahlung einer Stammeinlage erhält und das sich nach deren Summe richtet. Die Gesellschafter treffen ihre Festsetzungen durch Beschlussfassung. Für diese ist die Gesellschafterversammlung zuständig. Sie braucht jedoch nicht abgehalten zu werden, wenn sämtliche Gesellschafter schriftlich ihr Einverständnis mit der zu treffenden Bestimmung oder mit der schriftlichen Abgabe der Stimmen erklärt haben. Dies alles unterliegt jedoch der Regelung durch den Gesellschaftsvertrag [2]).

Durch Satzung kann auch festgesetzt werden, dass ein Aufsichtsrat bestehen soll, dem gleich durch Gesetz durch Verweis auf das Aktienrecht eine diesem analoge Struktur und Bestimmung vorgeschrieben

1) Ausgeschlossen von dieser Gesellschaftsform sind jedoch Hypothekenbanken, §§ 1, 2 des Hypothekenbankgesetzes vom 13. Juli 1899, R.G.Bl. 1899 Nr. 32 S. 375.

2) §§ 45, 46, 47, 48 des Gesetzes.

wird [1]). Dies wird vornehmlich bei grossen Gesellschaften mit umfangreichem Betrieb und zerstreutem Gesellschafterkreis der Fall sein.

Die beiden letztgenannten Organe, der Aufsichtsrat als Kontrollorgan und die organisierte Gesellschafterversammlung als Beschlussorgan, sind bei der G. m. b. H. fakultativ; obligatorisch sind neben der den Gesellschafterwillen in letzter Linie zum Ausdruck bringenden Gesamtheit der Gesellschafter die ständig zur Verwaltung und zur Vertretung nach aussen berufenen Organe, die Geschäftsführer [2]).

§ 3.

Die Qualität der Geschäftsführer als Organe.

Im Rechte der physischen Personen sind nur die Beziehungen des Rechtssubjekts zum andern koordinierten gesetzlich geregelt. Die einzelnen Funktionen der verschiedenen Organe der menschlichen Person dagegen sind in ihren Äusserungen und Wechselbeziehungen der Aussenwelt unerkennbar und deren Einwirkung entrückt. Dagegen bedarf die Verbandsperson zur Äusserung ihrer Lebenstätigkeit und zum Verkehr mit der Aussenwelt physischer Personen als Träger der Funktionen. Da sie aber auch wiederum

---

1) § 52 des Ges.

2) Über den Unterschied der Generalversammlung und der Gesamtheit der Gesellschafter vergl. Liebmann § 35 Nr. 2 S. 91, § 48 Nr. 1 S. 131; Hergenhahn S. 79 [2]; Lubszynski S. 58; dagegen bezeichnet Birkenbihl S. 184 die Folgerung der Nichtnotwendigkeit der Gesellschafterversammlung als zu weitgehend. Wenn der § 48 Abs. 2 eine Erleichterung der Abstimmung durch Umgehen der Versammlung bietet, so geht daraus unzweifelhaft hervor, dass das Organ, dessen Beschluss selbst durch einen einzigen Anwesenden hervorgebracht werden kann, nicht als einzig und ausschliesslich wie bei der A.G. gegebenes anzusehen ist.

als Träger menschlicher Willensmacht zu Rechtssubjekten gestempelt sind, werden ihre Verhältnisse von der menschlichen Rechtsordnung erfasst[1]).

Die Normen, die nun diese Tätigkeit über die Kategorien des Individualrechtes hinausreichend behandeln, bezeugen durch die Feststellung, dass das Individuum nicht als solches, sondern um „als Funktionär des Gemeinlebens für die Gesamtperson einen Willen zu bilden und auszuführen“ handelt, die Unterordnung und Einfügung des Einzelnen in die Verbandsperson[2]).

Die vornehmsten Organe derselben, deren Willensmacht sie zum Ausdruck zu bringen haben, sind die Geschäftsführer. Die Ergründung des rechtlichen Charakters der Geschäftsführer als Organe hat daher in erster Linie auf der Struktur der juristischen Person, der sie untergeordnet dienen, zu fussen, nicht aber von der Beziehung beider als Rechtssubjekte, die einander geschlossen und gleichwertig gegenüberstehen, auszugehen und die daraus sich ergebenden Rechtsverhältnisse unter allgemeinen individualrechtlichen Gesichtspunkten zu betrachten.

Die Bestimmungen über diese Organe im allgemeinen finden sich im dritten Abschnitt des Ges., der mit „Vertretung und Geschäftsführung“ überschrieben ist. Sein Titel, der im Sinne meiner vorhergehenden Deduktion nicht mehr so ausgelegt werden könnte, als ob in der „Vertretung“ auf Rechtsverhältnisse hingewiesen wäre, die nur dem Individualrecht angehören, benennt den Abschnitt nach den Funktionen, nicht nach den Trägern derselben. Von den Geschäftsführern wiederum handeln darin die §§ 35—44 und allgemein der § 6 des Ges.

1) Gierke S. 116.
2) Gierke S. 8, 684 ff.

Wie schon oben gesagt, äussert das Verbandssubjekt sein Bestehen und bedarf zur Betätigung des körperschaftlichen Wollens der Geschäftsführer, die den Willen des Gemeinkörpers rechtswirksam machen. Die diesem zugewiesene rechtliche Betätigungssphäre bildet zugleich die Grenze des Waltens der Organe. Diese Tätigkeit beruht auf dem inneren Verhältnis der gesellschaftlichen Struktur; die Geschäftsführer sind nicht Vertreter in dem Sinne, dass sie die Korporation als von aussen her in ihren Dienst gestellte Personen vertreten; sie sind vielmehr ein integrierender Bestandteil des vertretenen corpus, dessen Willen, mit dem sich der ihre deckt, sie vollziehen. So stehen die Geschäftsführer der Gesellschaft nicht in einem individualrechtlichen Vertreterverhältnis gegenüber; ihr Beruf wurzelt vielmehr in dem Gemeinkörper, dessen Teile sie sind, und ihre Funktionen sind umschrieben durch das Gesetz und das Gesellschaftsstatut.

Hieraus ergibt sich, dass in der Bestimmung des § 35 des Ges.: „Die Gesellschaft wird durch die Geschäftsführer gerichtlich und aussergerichtlich vertreten“ das Rechtsverhältnis begrifflich charakterisiert wird, ohne dadurch die Organqualität zu alterieren.

Eine reine Vertretung liegt ja freilich auch hier insoweit vor, als das Organ nicht selbst die Körperschaft, sondern nur der „als Werkzeug der immanenten Einheit fungierende Bestandteil des körperschaftlichen Organismus“ ist, der ihn vertritt [1]).

In dem gleichen Sinne sind die häufig anderwärts auftauchenden individualrechtlichen Bewertungen innerorganischer Verhältnisse aufzufassen, auf deren Begriffe und Terminologie zurückgegriffen wird, ohne damit den körperschaftlichen Charakter anzugreifen.

1) Gierke S. 623.

Es sind den Geschäftsführern jedoch neben diesen auch Funktionen zugewiesen, die ohne Verbindlichkeit für die Aussenwelt lediglich interne Vorgänge darstellen und nur den inneren Gestaltungsprozess bedingen. Funktionen dieser Art sind vom Gesetz bereits und können durch die Satzungen überdies den Geschäftsführern mannigfach zugewiesen werden. Sie machen den andern beträchtlichen Teil ihrer Tätigkeit aus, der vom Gesetzgeber mit „Geschäftsführung" überschrieben ist. Hierin ruht die Berufung der Geschäftsführer zur Verwaltung, zur Ausführung der Geschäfte und zur Ordnung der inneren Angelegenheiten der G. m. b. H. Hierbei sei mit erwähnt, dass die gesetzestechnische Bezeichnung „Geschäftsführer" nur auf diese eine Seite ihrer Tätigkeit hinweist, das nach aussen mehr hervortretende Moment ihrer Stellung aber unerwähnt lässt, ein Missstand, der bei anderen Korporationsarten nicht vorhanden und hier dadurch gemildert wird, dass die Korporation nicht an die Bezeichnung gebunden ist, vielmehr eine neutralere Titulatur wählen kann, wie z. B. „Vorstand", „Direktor", die die Zweiseitigkeit der Betätigung ausser Zweifel lässt [1]).

Die Geschäftsführer sind ein notwendiges Organ. Diese Feststellung ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 6 des Ges.: „die Gesellschaft muss einen oder mehrere Geschäftsführer haben". Die Gesellschaft kann nicht ins Leben treten ohne diese Organe, sie müssen notwendigerweise bei den Entstehungsvorgängen, bei der Anmeldung, mitwirken [2]).

Als Einwand hiergegen kann es nicht vorgebracht werden, dass es Fälle gibt, in denen der gesetzliche

1) Vgl. Staub S. 205 zu Anm. 1.

2) § 78 des Ges., vgl. Birkenbihl S. 54.

Vertreter nicht der gegebene ist. So z. B. wenn der Aufsichtsrat zum Vertreter der Gesellschaft berufen ist bei Rechtsgeschäften mit den Geschäftsführern oder zur Geltendmachung von gegen die Geschäftsführer gerichteten Ansprüchen [1]). Die Notwendigkeit der Geschäftsführer ferner deswegen zu verneinen, weil die Existenz der G.m.b.H. nicht mit dem Vorhandensein des oder der Geschäftsführer steht und fällt, und dass es für deren Wegfall Notbehelfe gibt, so dass die Gesellschaft weiter vegetieren könne, ist nicht angängig. Ist z. B. von einem Geschäftsführer ein anderer kollektiv mit ihm vertretungsberechtigter durch Erteilung einer Handlungsvollmacht allein zur Vertretung ermächtigt, oder hat der Geschäftsführer einen Prokuristen zu seiner Vertretung angestellt [2]), und stirbt der erstere oder fällt sonst weg, so werden vor der Hand die Geschäfte der Gesellschaft ungehindert ihren Gang gehen können. Wenn auch hier die Gesellschaft eines oder mehrerer Geschäftsführer zeitweise entbehren kann, so bedurfte sie doch zunächst des ausgefallenen Geschäftsführers unumgänglich, um seine Ersetzung anzubahnen. Auch für den Ausfall des Geschäftsführers bei seiner Tätigkeit, die Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafter durch Berufung zur Versammlung zur Entfaltung zu bringen, ist Ersatz vorgesehen [3]). Mangels dieser Berufung, sei es nun, dass kein Geschäftsführer da ist, oder das Geschäftsführerorgan untätig verbleibt, ist durch den § 50 des Ges., durch die Möglichkeit der Versammlungsberufung seitens von Gesellschaftsmitgliedern, deren Gesellschaftsanteile zusammen mindestens den zehnten Teil des Stammkapitals ausmachen, ein Ausweg geschaffen.

1) Vgl. § 52 des Ges. i. V. § 247 des H.G.B.
2) Vgl. Staub S. 209 Anm. 16, S. 277 Anm. 32.
3) § 50 des Ges.

Wenn sonach das Gesellschaftsleben ohne Geschäftsführer tatsächlich ungehindert weiter funktioniert, so ist dies doch nur ein Vegetieren, die Gesellschaft kann ohne sie nicht den vollen Umfang ihrer Tätigkeit entwickeln und es können Möglichkeiten, wie z. B. eine Kapitalserhöhung, herantreten, in denen die Gesellschaft ohne die Geschäftsführer nicht fähig ist ihren Willen durchzuführen. In diesem Sinne ist es jedenfalls auch zu verstehen, wenn Planck in Anm. 2 zu § 26 seines Komm. zum B.G.B., was von Staub, Komm. S. 205, beanstandet wird, sagt: Solange der Verein einen Vorstand nicht habe, könnten Rechtsgeschäfte weder von ihm, noch ihm gegenüber vorgenommen werden. Planck spielt hier auf den Regelfall an und zieht den ganzen Kreis der Geschäfte in Betracht, ohne zu berücksichtigen, dass man auch unter Umständen mit juristischen Personen kontrahieren kann, die nicht dabei von ihren gesetzlichen Vertretern repräsentiert zu sein brauchen.

Hiernach erweist sich die Notwendigkeit der Geschäftsführer, die gleich hinter der Gesamtheit der Gesellschafter rangieren, welche als oberstes Beschlussorgan in letzter Linie wieder selbst über die Geschäftsführer zu befinden haben und in ihre Tätigkeit befehlend, verbietend und kontrollierend eingreifen [1]).

§ 4.

Die Qualifikation der Geschäftsführer.

Die Erörterung des generellen Charakters der Geschäftsführer führt zur Prüfung der Beschaffenheit des Einzelnen.

1) Vgl. § 46 Ziff. 5 des Ges.; Liebmann § 35 Nr. 2 S. 91; Parisius-Crüger S. 47.

Das Gesetz verlangt nur einen oder mehrere Geschäftsführer; dazu können ausser Gesellschaftern auch andere Personen berufen werden[1]). Etwas weiteres ist über die persönliche Voraussetzung der Bestellung im Gesetze nicht gesagt; es kommen mithin die Grundsätze des H.G.B. und des B.G.B. subsidiär zur Anwendung. Natürlich ist es dem Gesellschaftsvertrag in weitgehendstem Maße vorbehalten, die Voraussetzungen zu beschränken.

Bestellbar ist jedwede Person, die nach H.G.B. und B.G.B. von der Tätigkeit des Vorstands nicht ausgeschlossen ist.

Unmöglich ist die Bestellung Geschäftsunfähiger, § 104 B.G.B. Beschränkt Geschäftsfähige sind an sich nach § 165 B.G.B. vertretungsfähig, es steht demnach kein gesetzliches Hindernis ihrer Bestellung entgegen, ebenso wie bei Personen, die wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt sind, §§ 114, 6 B.G.B. Der Gesetzgeber hat den Minderjährigen zwischen 7 und 21 Jahren von der Geschäftsführung nicht ausdrücklich ausgeschlossen; es liegt jedoch auf der Hand, dass die Wahl eines solchen aus praktischen Gründen äusserst selten vorkommen dürfte.

Die Frage, ob die Bestellung einer juristischen Person als Geschäftsführer zulässig sei, wird sehr verschieden beurteilt. Im allgemeinen verhält sich die herrschende Meinung ablehnend[2]). Daraus, dass eine juristische Person Mitglied einer G. m. b. H. sein kann, ergibt sich m. E. ebensowenig die Notwendigkeit, dass dieselbe juristische Person auch zur Geschäftsführereigenschaft emporsteigen darf, wie man behaupten

1) § 6 des Ges.

2) Vgl. Staub § 35 Anm. 37 S. 214, § 2 Anm. 13 S. 30; Liebmann § 6 Nr. 3 S. 39; Förtsch § 6 Nr. 2 S. 29; Parisius-Crüger, Nachtr. S. 324 zu S. 137; Birkenbihl S. 56.

könnte, ein Geschäftsunfähiger, der doch auch Gesellschafter sein kann, könne deswegen auch Geschäftsführer werden. Es liegt ja in der Natur der Sache, dass die Organe der Gesellschaft, die deren Wollen notwendigerweise nur als physische Personen zum Ausdruck bringen können, nicht durch Rechtssubjekte ersetzt werden, die, selbst nicht willensfähiges Individuum, sondern selbst noch der Vertreter bedürfen. Dies widerspräche dem Wesen der Vertretung, das die Lebenstätigkeit eines an sich nicht handlungsfähigen oder nicht handelnwollenden Rechtssubjekts durch ein anderes dazu geeignetes und williges ermöglicht. Es wäre ebenso umständlich und sinnwidrig, als wenn man sich zum Vertreter einen Geschäftsunfähigen wählte, um sich durch dessen gesetzlichen Vertreter vertreten zu lassen.

Es kann natürlich der Fall sein, dass einer juristischen Person als Mitglied eine führende Rolle in der G. m. b. H. zugedacht ist, dann tritt jedoch nicht diese selbst, sondern ihr verfassungsgemäss zur Vertretung berufenes Organ an die Spitze [1]). Die Berufung einer anderen G. m. b. H. beispielsweise zu führender Stellung in einer G. m. b. H. ist dahin auszulegen, dass ihre geschäftsführenden Personen als Geschäftsführer gelten sollen und zwar, falls neben diesen noch andere Geschäftsführer sind, nur mit einer Stimme berechtigt.

Im übrigen stellt das Gesetz keine Schranken für die Möglichkeit, Geschäftsführer zu werden. Insbesondere ist nicht erforderlich, dass der zu bestellende Geschäftsführer Kaufmann ist.

Etwas anderes ist die Frage, ob der Geschäftsführer als solcher Kaufmannseigenschaft hat. Nach

1) Vgl. Birkenbihl S. 56, 57.

allgemeiner Ansicht hat er diese nicht[1]). Er betreibt zwar Handelsgeschäfte, jedoch nicht im eigenen Namen und nicht unter Einsatz seiner vollen Rechtspersönlichkeit, so dass er sich aus den eingegangenen Verpflichtungen unbeschränkt haftbar machte. Der Geschäftsführer lässt sich überhaupt nicht in den Personenkreis des Handelsrechts einordnen. Sein Amt und seine Machtbefugnis verbieten es, in ihm einen Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten zu erblicken. Der Prokurist ist gewillkürter, der Geschäftsführer dagegen gesetzlicher Vertreter. Auch die unbeschränkte Vertretungsfähigkeit verbietet die Annahme, die Geschäftsführer wären, da sie zu Dienstleistungen bestellt sind, den Handlungsgehilfen gleich zu achten; sie haben vielmehr die Stellung der Prinzipale[2]).

Das Gesetz stellt ferner nicht das Erfordernis auf, dass sich der Geschäftsführer im Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte befinde, dass er männlichen Geschlechts oder Inländer sei, oder dass er seinen Wohnsitz im Inlande habe. Ferner ist kein Grund zur Nichtbestellung, wie es bei der Aktiengesellschaft der Fall ist, der gleichzeitige und fortgesetzte Betrieb eines Konkurrenzgeschäftes[3]). Auch der Umstand, dass jemand Konkursschuldner ist, schliesst seine Bestellung nicht aus.

Selbstverständlich können durch das Statut die erwähnten und noch mannigfache andere Beschränkungen festgesetzt werden, die Zweck und Betrieb der Gesellschaft notwendig machen. So lässt es z. B. das natio-

---

1) Vgl. Hergenhahn S. 80[5].

2) Vgl. Staub § 35 Anm. 44 S. 216; Staub, Komm. z. H.G.B. § 1 Anm. 8 S. 41; vgl. ferner R.G.E. v. 4. Juli 1882 Bd. 7 S. 77; Birkenbihl S. 186; Hergenhahn S. 79; R.O.H.G. Bd. 19 S. 58.

3) § 236 H.G.B.; vgl. Staub § 35 Anm. 50 S. 217; vgl. S. 44 d. Abh.

nale Interesse geboten erscheinen, dass der Norddeutsche Lloyd und die Hamburg-Amerikanische Paketfahrt - Aktiengesellschaft ausschliesslich Reichsangehörige als Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder haben [1]).

Aber auch ohne besondere ausdrückliche Festsetzung kann einer der genannten Umstände die Geschäftsführerqualifikation alterieren. Sie sind als Erfordernis anzunehmen, wenn ihr Vorhandensein durch die allgemeinen Prinzipien und andere statutarische Bestimmungen geboten erscheint.

Fähig, Geschäftsführer zu werden, sind an sich nach dem Gesagten auch Beamte. Ihre Beamtenqualität schliesst nicht ihre Wählbarkeit zum Geschäftsführer aus, sie ist kein Grund für den Registerrichter, ihre Eintragung abzulehnen; wohl aber kann und wird nach ihrer Bestellung dieser Umstand ihre Beamtenqualität berühren [2]). Dies folgt daraus, dass in unserem Gesetz nichts gegen die Wählbarkeit von Beamten gesagt ist, dass vielmehr die Bestimmungen, aus denen ich obige Feststellung herleite, in den öffentlich rechtlichen Beamtengesetzgebungen zu finden sind, die teils dem Reichsrecht, teils dem Landesrecht angehören.

Bezüglich der Reichsbeamten bestimmt das Gesetz betreffend die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten, dass sie nicht ohne vorgängige Genehmigung der obersten Reichsbehörden in den Vorstand einer jeden auf Erwerb gerichteten Gesellschaft eintreten dürfen [3]). Das Gesetz sagt: „eintreten“ und nicht „gewählt“ werden; daraus rechtfertigt sich meine oben gegebene Darstellung, dass dies Gesetz nicht in das Gesellschafts-

1) Statutenänderungsbeschlüsse v. 23. Juni 1902 u. v. 28. Mai 1902.
2) Vgl. Staub § 35 Anm. 37 S. 214; dagegen Bauer S. 38, 39.
3) Ges. v. 31. März 1873 § 16, R.G.Bl. S. 64.

recht hinübergreifen kann, sondern nur denen, für die es gilt, Beschränkungen auferlegt, bei deren Übertretung der Beamte disziplinarische Bestrafung im Sinne des Gesetzes, aber keinen Eingriff in seine nunmehr einmal begründete Vorstandseigenschaft zu erwarten hat. Die Genehmigung darf nicht erteilt werden, sofern die Stelle mittelbar oder unmittelbar mit einer Remuneration verbunden ist; sie ist jederzeit widerruflich. Keine Anwendung findet diese Bestimmung auf Wahlkonsuln und einstweilen in den Ruhestand versetzte Beamte.

Das Landesrecht stimmt mit diesen Grundsätzen überein. Die analogen Bestimmungen für Sachsen finden sich in dem sächs. Gesetz betreffend die Verhältnisse der Civilstaatsdiener [1]).

Da Handelsrichter während der Dauer ihres Amtes in Beziehung auf dasselbe alle Rechte und Pflichten richterlicher Beamter haben, teilen sie doch nicht in der besprochenen Beziehung die Beamteneigenschaft. Eine derartige Einschränkung würde mit ihrem Berufe und andererseits mit dem Zweck des Gesetzes in Widerspruch stehen. Von einer Person, die vermöge besonderer beruflicher Kenntnisse zu einer richterlichen Tätigkeit berufen wird, kann nicht verlangt werden, dass sie mit Rücksicht auf dies vorübergehende Ehrenamt sich in ihrem kaufmännischen Berufe Beschränkungen auferlegt. Dies würde der ratio legis nicht entsprechen und findet Bestätigung in der gesetzlichen Bestimmung, wonach auch Vorstandspersonen einer Aktiengesellschaft zum Handelsrichter ernannt werden können. Wendet man Analogie an, so ergibt

---

1) Ges. vom 7. März 1835, Gesetzverordnungsblatt S. 175 von 1835, § 13, abgeändert durch § 2 des Ges. v. 3. Juni 1876, Gesetzverordnungsblatt 1876 S. 240.

sich umgekehrt, dass das Handelsrichteramt der Bestellung seiner Träger zum Vorstand einer G.m.b.H. nichts in den Weg stellt[1]).

§ 5.

Die Bestellung der Geschäftsführer.

Bestellung ist der Vorgang, durch den der Geschäftsführer nach Gesetz oder Statut als solcher dem Körperschaftsganzen eingefügt wird. Sie ist nicht identisch mit dem Rechtsgeschäft, das diesem Vorgange zu Grunde liegt[2]).

Die Geschäftsführung kann sich auf einen Auftrag, auf ein Dienstverhältnis stützen; dies sind Rechtsgeschäfte des Individualrechtes, durch sie wird zwischen gleichgeordneten Rechtssubjekten ein Rechtsverhältnis begründet, aber noch nicht die Organqualität des neuen Geschäftsführers geschaffen. Dies innere Verhältnis kann naturgemäss nur durch einen vom Individualrechte losgelösten inneren Akt ins Leben treten.

Wenn ich oben von der Identität mit beispielweise genannten Rechtsgeschäften sprach, liegt es nahe, zu denken, die Behauptung beziehe sich nur auf solche Geschäftsführer, die zu der bestehenden G.m.b.H., derselben fernstehend, erst in Beziehung treten. Der Ausdruck „das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft" deckt aber auch die Rechtsvorgänge, vermittelst derer ein Geschäftsführer, der aus dem Gesellschafterkreise bestellt wird, erst Gesellschafter geworden war. Es lässt sich in jedem Falle unterscheiden zwischen dem Vorgange, mit dem das Individuum zur Gesellschaft in Beziehung trat und dem, durch den es dem corpus als

1) § 111, 113, 116 Ger.V.G.

2) Vgl. S. 36 dieser Abhandlung.

Organ eingefügt wurde; beide sind ihrer Natur nach verschieden, stehen jedoch in sehr engem kausalen Zusammenhange.

Diese Feststellung des Vorhandenseins von Voraussetzungen für die Bestellung und ihres Charakters leitet zur Frage ihrer Arten über.

Die Art der Bestellung richtet sich nach ihrem Zeitpunkt und zwar unterscheidet das Gesetz die erste Bestellung von Geschäftsführern bei Gründung der Gesellschaft und die später folgenden während ihres Bestehens [1]).

Aber auch was die Subjekte des Bestellungsvorganges anlangt, lässt sich eine Unterscheidung treffen. Während im allgemeinen die Gesamtheit der Gesellschafter Bestellungsorgan ist, kann nach den auch hier durchdringenden Grundsätzen allgemeiner Natur auch eine Bestellung durch obrigkeitlichen Akt herbeigeführt werden [2]). Dies greift Platz, wenn die erforderlichen Mitglieder des Vorstandes, also die oder der Geschäftsführer fehlen, wenn sie gestorben, geschäftsunfähig geworden oder abwesend sind und die Fortführung der Geschäfte oder der Verkehr der Aussenwelt dringend das sofortige Handeln von Geschäftsführern erheischen. In diesem Falle ist das zuständige Amtsgericht befugt, bis zur Hebung des Mangels auf Antrag eines Beteiligten, sei er nun Gesellschafter oder sei er ein Dritter, der vielleicht eine befristete Willenserklärung zu seinem Nachteile gegenüber der Gesellschaft nicht anbringen könnte, den Ersatz zu bestellen [3]). Dieser Fall der Zwangsbestellung ist die Ausnahme. Sie tritt in Kraft, gleichviel, ob ein besonderer Bestellungsmodus durch Statut vorgesehen ist

1) § 6 Abs. 2 des. Ges.
2) B.G.B. § 29.
3) Vgl. Staub § 35 Anm. 41 S. 216.

oder die Vorschriften des Gesetzes unmodifiziert bestehen.

Die Regel ist die Bestellung nach dem Gesetz oder dem Gesellschaftsvertrage. Das Gesetz sagt über die Bestellung: „die Bestellung erfolgt entweder im Gesellschaftsvertrage oder nach Maßgabe der Bestimmungen des dritten Abschnitts“ [1]).

Die erstere Möglichkeit greift, wie bereits gesagt, Platz bei den zunächst zu bestellenden Geschäftsführern, deren die Gesellschaft bei ihrer Gründung notwendig bedarf. Diese müssen die Gesellschaft zum Handelsregister anmelden [2]); sie haften solidarisch für die Richtigkeit der Angaben hinsichtlich der Voraussetzung der Entstehung der Gesellschaft, der Einzahlung von einem Viertel, mindestens aber 250 Mk., jedes Stammkapitalsanteils [3]), sie sind mithin unumgängliches Organ der Gründung.

Das Gesetz sagt, die Bestellung erfolge im Gesellschaftsvertrage; sie wird dadurch jedoch nicht Teil des Gesellschaftsvertrages. Dieser hat lediglich über die Beschaffenheit der Gesellschaft in den in § 3 des Ges. aufgeführten Beziehungen Aufschluss zu geben. Wenn hiernach die Bestellung nicht als Teil des Gesellschaftsvertrages mit aufgeführt ist, andererseits wenn die Geschäftsführer in demselben auch nicht notwendig bestellt werden müssen, wofür als Beweis aus § 8 Ziff. 2 aus den Worten: „sofern dieselben nicht im Gesellschaftsvertrage bestellt sind“ zu entnehmen ist, so ist die Bestellung auch nicht als Bestandteil, als Erfordernis des Vertrages aufzufassen, sondern vielmehr als ein gelegentlich des Abschlusses des Vertrags und aus praktischen Gründen zugleich in

1) § 6 Abs. 2, § 35—52 des Ges.

2) § 78 in Verb. mit 7 des Ges.

3) § 9 Abs. 1, § 7 Abs. 2 des Ges.

dessen Urkunde mit verbuchter Akt [1]). Die Feststellung im entgegengesetzten Sinne hätte zur Folge, dass zur Entlassung des so bestellten Geschäftsführers nur durch Statutenänderung gelangt werden könnte, es bedürfte also zu dem gewöhnlichen und in einer Gesellschaft mit mehreren Geschäftsführern häufigerem Vorgange bei jeder Kündigung der mit der Gründung angetretenen Geschäftsführer der umständlichen Form des § 53, die der Gesetzgeber jedoch nicht für diese Fälle, sondern für prinzipielle Umwälzungen der Gesellschaftsstruktur vorgesehen hat. Während z. B. ein Widerruf der Bestellung oder die Entlassung beim Regelfall des Gesetzes nur die Mehrheit der abgegebenen Stimmen erforderte, wären im Sinne obiger Annahme nach § 53 dreiviertel der Stimmen dazu notwendig, was mit zahlreichen Entscheidungen zu verneinen ist. So ergibt dieser Widerspruch mit dem klaren Gesetzeswillen bezüglich des contrarius actus der Bestellung die Notwendigkeit, die Bestellung nicht als Teil des Statuts, das nicht ohne dieses wandelbar wäre, anzusehen [2]).

Wenn oben bereits angedeutet war, dass trotz der im § 6 Abs. 2 des Ges. gegebenen Alternative der Bestellung doch auch eine solche möglich sei, die nicht im Gesellschaftsvertrage und doch bei der Gründung bereits geschehen wäre, § 8 Ziff. 2, so fragt es sich, auf welche Weise dies vor sich gehen kann, und wie sich der darin liegende Widerspruch zu § 6 Abs. 2 löst. Die Vorschrift des letzteren Paragraphen ist jedoch jedenfalls nicht als absolut zwingend anzusehen, auch sie kann durch die autonomen Satzungen des Status umgangen werden. Es beruht dann die Be-

1) Vgl. Staub, Komm. § 35 Anm. 40 S. 215; R.G.E. v. 27. Okt. 1899 Bd. 44 S. 95.

2) Vgl. Staub § 38 A. 1 S. 228; R.G. 44 S. 95, §§ 38, 45, 46, 47 des Ges. Vgl. § 16 dieser Abhandlung.

stellung auf einem bereits stattgehabten, durch eben den Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Akt. Wenn dann also die Legitimation nicht durch Statut erfolgt, so greift die auf diesen Fall bezugnehmende Bestimmung des § 8 Platz. Es haben also auf andere Weise, z. B. durch mündlichen Beschluss der Gesellschafter bestellte Geschäftsführer ihre Qualität bei der Anmeldung darzutun, sie können dabei in die Lage kommen, dem Registerrichter, der vor der Eintragung weitere Ermittelungen anstellen kann[1]), über die Grundlagen ihrer Bestellung und die Statutmässigkeit des Vorgangs weitere Aufschlüsse geben zu müssen. Dies kann mitunter notwendig werden, da der letztangeführte Nachweis ihrer Organpersönlichkeit dem im Gesellschaftsvertrage, der des Abschlusses in gerichtlicher oder notarieller Form bedarf[2]), an publica fides nachsteht.

Das Gesetz gibt in § 6 Abs. 3 noch eine Auslegungsvorschrift der Frage, wer als Geschäftsführer anzusehen ist, wenn durch Statut festgesetzt ist, dass sämtliche Gesellschafter zur Geschäftsführung berechtigt sein sollen. Es sollen dann bei einem späteren Wechsel der Gesellschafter nur die Personen Geschäftsführer sein, die zur Zeit der Feststellung der Bestimmung Gesellschafter waren, nicht etwa auch die später hinzugetretenen. Die Eigenschaft als Gesellschafter zur Zeit der Bestimmungsfestsetzung hat hiernach die Qualität des Geschäfsführers zur Folge. Die letztere steht und fällt mit der ersteren. Dies braucht aber nicht immer unbedingt der Fall zu sein; ist z. B. bei der namentlichen Ernennung eines Gesellschafters nicht hervorgehoben, dass er als solcher Geschäftsführer geworden ist, die Betonung nicht auf seine Gesellschafts-

1) § 12 Freiw. Gerichtsbarkeitsgesetz.
2) § 2 Abs. 1 des Ges., § 128 B.G.B., § 176 Freiw.G.G.

zugehörigkeit gelegt, so muss man annehmen, dass sein Amt nicht mit seiner Gesellschaftereigenschaft aufhört.

Der im, oder besser gesagt, gelegentlich des Gesellschaftsvertrages bestellte Geschäftsführer erfreut sich der einstimmigen Zustimmung sämtlicher Gesellschafter, die den Vertrag und somit auch die Bestellung nach § 2 Abs. 1 des Ges. sämtlich zu unterzeichnen haben. Diese Unanimität kehrt sonst nicht wieder. Es kann sogar selbst der Fall eintreten, dass ein Geschäftsführer selbst entgegen dem Mehrheitswillen bestellt wird, wenn nämlich z. B. statutengemäss die Bestellung des neuen Geschäftsführers durch die Wahl der übrigen oder seines Vorgängers oder durch den Aufsichtsrat oder schliesslich gar durch eine ausserhalb der Gesellschaftsverfassung stehende Person oder eine Behörde erfolgen soll. Hierbei sei jedoch bemerkt, dass nach analoger Entscheidung für das Aktienrecht die Ernennung eines Geschäftsführers durch dritte ausserhalb der Gesellschaft Stehende unstatthaft ist, wenn dieser Geschäftsführer selbst auch unabhängig von der Gesellschaft auch gegen den Gesellschafterwillen zu handeln befugt ist [1]). Als einziges Mittel, der G. m. b. H. im Falle der Discrepans einen Geschäftsführer zu geben, der dem Wunsche der Gesellschafter entspräche, bliebe dann nur die Statutenänderung, durch die entweder der Bestellung im Sinne des Gesetzes oder einer solchen, die sich im konkreten Falle dem Willen der Mehrheit besser anpasst, Raum gegeben würde. Einen Grund zu gleichem Vorgehen, wenn nicht bereits eine obrigkeitliche Zwangsbestellung erfolgt ist, läge vor, wenn der Träger der Ernennungsfunktion versagt.

1) Vgl. R.G. Bd. 3 S. 129.

Gerade bei der Bestellung lässt das Gesetz der Selbstbestimmung einen weiten Spielraum, eine Freiheit, deren Zweckmässigkeit klar zu Tage tritt bei Gesellschaften, wo die Mehrzahl der Gesellschafter einem fachmännischen Geschäftsbetriebe laienhaft gegenübersteht und demnach zu befürchten stände, dass ihre Wahl, nicht auf der einschlägigen Kenntnis beruhend, unglücklich ausfallen dürfte. Die erwähnte Kooptationsbefugnis erscheint als Wahl und Ernennungsmodus zweckdienlicher, wenn dadurch damit eine Person betraut wird, die in dieser Hinsicht eine gewisse Gewähr bietet.

Diese vielseitige Gestaltungsmöglichkeit ist ausdrücklich im Gesetze zugestanden in § 45 Abs. 2 in Verbindung § 46 Ziff. 5. Hier heisst es: „In Ermangelung besonderer Vorschriften des Gesellschaftsvertrages". Damit ist schon angedeutet, dass das Gesetz hier weniger berufen sein dürfte, sondern die Gesellschaft gerade in diesem Punkte ausgibigen Gebrauch von der Selbstbestimmung machen wird. Der besagte Paragraph leitet die Reihe der Bestimmungen ein, die die Bestellung der Geschäftsführer während des Bestehens der G. m. b. H. normieren.

Berufen zur Bestellung sind nach § 46 Ziff. 5 des Ges. die Gesellschafter. Sie befinden in der Bestellungsfrage durch Gesellschafterbeschluss [1]). Dieser kommt zu stande in der Versammlung nach der Mehrheit der darin abgegebenen Stimmen, wobei jede 100 Mk. eines Geschäftsanteils eine Stimme gewähren [2]). Ein Beschluss gilt jedoch ebenfalls ohne Versammlung als zustandegekommen, wenn alle Gesellschafter schriftlich mit der zu treffenden konkreten Bestimmung sich ein-

1) § 47 des Ges.
2) § 47 Abs. 2.

verstanden erklärt haben und ferner, wenn alle Gesellschafter sich generaliter damit einverstanden erklärt haben, dass schriftlich abgestimmt wird [1]). Hier entscheidet natürlich die Mehrheit im letzteren Falle, während im ersteren Einstimmigkeit herrschen muss und niemand dabei fehlen darf. Diese von allen Gesellschaftern durch Beschluss gebilligte freiere Form der Beschlussfassung zeigt einmal Einheit im Willen sämtlicher Gesellschafter, ungeachtet der sie repräsentierenden Stimmen, im andern Falle die Mehrheit der abgegebenen nach 100 Mk. Anteilen bewerteten Stimmen losgelöst von der Person der Gesellschafter [2]).

Es fragt sich nun, ob der Gesellschafter, der zum Geschäftsführer bestellt werden soll, selbst auch berechtigt ist, an seiner eigenen Wahl teilzunehmen. Seiner Mitwirkung scheinen zunächst die Grundsätze des § 47 Abs. 4 des Ges. entgegenzustehen. Die Ausschliessung des Stimmrechts des Gesellschafters greift hiernach Platz bei Beschlussfassung über Entlastung oder Befreiung dieses Gesellschafters von einer Verbindlichkeit oder über die Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtstreits gegenüber diesem Gesellschafter. Hierbei liegt jedoch eine besondere Betonung auf dem Partikel „gegenüber", das ein koordiniertes Verhältnis im Sinne des Individualrechtes andeutet, in dem der Gesellschafter der Korporation als Dritter, als Kontrahent, ausserhalb ihrer Organisation stehend, anzusehen ist. Es handelt sich hiernach um Rechtsgeschäfte, durch welche das Gebiet der subjektiven Rechte des Individuums erst zur Korporation in Beziehung gebracht werden soll.

---

1) § 48 Abs. 2.
2) Vgl. Staub § 48 Anm. 14, 15 S. 290.

Dies scheint jedoch in unserm Falle der Selbstwahl weniger zuzutreffen, da es sich hier um einen Vorgang handelt, durch den die Rechtsstellung einer Person im Organismus, die nur nach dessen Grundsätzen zu werten ist, alteriert werden soll, wo sie, bereits Mitorgan, zu einer andern höheren Organqualität aufrückt.

Nicht nur diese Auslegung, vielmehr auch Billigkeit und Praxis rechtfertigen das Stimmrecht des Gesellschafters bei seiner eigenen Wahl zum Geschäftsführer. Es enthielte z. B. eine grosse Härte gegen den Gesellschafter, der, Fachmann, die Gesellschaft gegründet hat, und der stark beteiligt ist, wenn er trotz seines grösseren Interesses und wohlverdienten Anrechts auf Mitverwaltung der Gesellschaft, seines Votums bei der Abstimmung, ob er wieder an die Spitze der Organisation treten solle, plötzlich verlustig ginge, so dass statt seiner Personen zur Vorstandsfunktion berufen werden könnten, die nicht das Interesse hegen wie er.

Aus diesen Gründen rechtfertigt sich auch die Mitwirkung der Geschäftsführer als Gesellschafter bei der Abstimmung über ihre Entlassung [1]).

Es können jedoch auch hier bei dem Beschluss über die Berufung individualistische Momente in den sozialen Akt der Bestellung mit hineinspielen, bezüglich derer der angezogene Paragraph gelten würde, wenn bei dem Wahlakt zugleich über ein zu gewährendes Entgelt oder eine Remuneration beispielsweise beschlossen werden sollte. Diese Frage berührte den Betroffenen mehr in seiner Eigenschaft als Dritten. Es soll ihm für seine der Gesellschaft zu leistenden

1) Vgl. Staub, Komm. § 47 Anm. 19, 20 S. 285, 286; Bauer S. 203; § 16 dieser Abhandlung.

Dienste, die ihn ganz in Anspruch nehmen und eine anderweitige Betätigung ausschliessen, etwas gewährt werden, worauf er als Aussenstehender an sich Anspruch hätte, auf was zu verzichten ihm, dem gleichfalls als Gesellschafter Beteiligten, darum nicht angesonnen werden kann.

Ihn deswegen, soweit dann sein Votum nicht mit Treu und Glauben als Gesellschafter in Widerstreit geraten würde, von der Abstimmung auszuschliessen, scheint meines Erachtens nicht gerechtfertigt.

§ 6.

Die rechtlichen Grundlagen des Amtes der Geschäftsführer.

Die Feststellung der Qualität der Geschäftsführer in § 3 bestätigt ihren Organcharakter, unterwirft ihre Individualperson der Rechtssphäre der juristischen Person. Das Maß der Tätigkeit und der Unabhängigkeit ihres Handelns bestimmt sich nach dem Gesetze oder den Satzungen, die den Umfang der Lebenssphäre der Gemeinperson umschreiben.

Der Geschäftsführer hat jedoch nur als Organ kein Selbstbestimmungsrecht. In seine Sphäre als Rechtssubjekt des Individualrechts vermag das Verbands- und Sozialrecht ebensowenig einzugreifen, wie das Individualrecht an die innern Organvorgänge des Individuums, die der menschlichen Normierung entrückt sind, nicht zu tasten vermag. Das Individualrecht ist durchaus nicht ausgeschaltet, sondern spielt seine Rolle auch hier weiter.

Seiner bedurfte das Verbandsrecht, um sich die Persönlichkeit des Geschäftsführers für seine jetzige Organstellung zu dingen, seiner bedarf es weiter, um Rechte und Pflichten, die nur zwischen koordinierten

Subjekten denkbar sind, zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschaft festzustellen [1]).

Der Unterscheidung von Individual- und Verbandsrecht entspricht die Gegenüberstellung folgender Begriffe im Leben des Geschäftsführers: Anstellung oder zu Grunde liegendes Rechtsgeschäft, Abschluss des Dienstvertrags, Auftragserteilung — Bestellung, Kündigung, Auftragsrücknahme — Widerruf, Entlassung [2]).

Hiernach bildet nicht die Bestellung die Grundlage gegenseitiger Rechte und Pflichten, sondern vielmehr das erst diesen innerorganischen Akt ermöglichende, ihn vorbereitende Rechtsgeschäft oder Rechtsverhältnis.

Dies kann sehr verschiedener Natur sein. Die Verpflichtung zum Amt kann auf dem einfachen Mitgliedschaftsrechte des zu erwählenden Geschäftsführers beruhen, sich aus dem Gesellschaftsvertrage ergeben. Häufig wird man dies wohl bei kleineren Gesellschaften, deren Geschäftsführung als Nebenamt gedacht ist, statutarisch bestimmt finden, dass jeder Gesellschafter nötigenfalls das Amt der Geschäftsführung auf sich zu nehmen habe, sei es, dass er eine Vergütung dafür erhält oder nicht. Es ist in diesem Falle ein Dienst, den sich die Gesellschaft mangels eines durchschlagenden Ablehnungsgrundes durch eine actio pro socio zugänglich machen könnte.

Wenn Staub S. 216 Anm. 45 sagt, im Zweifel wäre es nicht anzunehmen, dass der Gesellschafter zur Übernahme der Geschäftsführung verpflichtet wäre, so hat er dabei augenscheinlich nur umfänglichere Betriebe im Auge, bei kleineren kann gerade das Gegenteil geboten sein. Eine allgemeine Regel scheint hiernach

1) Vgl. Gierke S. 613 ff.
2) Vgl. S. 26 dieser Abhandlung.

nicht feststellbar, die Verpflichtung ergibt sich vielmehr aus dem Charakter und Umfang der Gesellschaft.

Der gleiche Rechtsgrund ist gegeben, wenn bestimmte Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag sich zur Ausübung des Amtes verpflichtet haben. Sie sind danach verbunden, der Verbandsperson neben der zum Wesen der Gesellschaft gehörigen Leistung der Kapitaleinlage oder von Sachen oder auch zu wiederkehrenden Leistungen in Naturalien, wie z. B. von Kartoffeln für eine Spiritusbrennerei G. m. b. H. ihre höchstpersönlichen Dienste als Vorstandspersonen zu überlassen [1]). Eine derartige Verpflichtungsmöglichkeit durch das Statut sieht unser Gesetz vor in § 3 Abs. 2, wo es für die Auferlegung anderer Verpflichtungen ausser der Leistung der Kapitaleinlagen die Festsetzung durch den Gesellschaftsvertrag notwendig macht. Anders im Aktienrechte, wo der Gesellschafter nur zu wiederkehrenden nicht in Geld bestehenden Leistungen verbunden sein kann, nicht aber derartige dienstliche Verpflichtungen auf sich zu nehmen braucht [2]).

Wird der Geschäftsführer nicht aus dem Kreise der Gesellschafter genommen, sondern von aussen herangezogen, so gründet sich seine Pflicht auf den Vertrag, den er mit der Gesellschaft abgeschlossen hat.

Handelt es sich nun um Auftrag oder Dienstvertrag [3])? Zunächst wird man und wohl auch der Regel entsprechend, einen zweiseitigen Vertrag im

---

1) Vgl. Staub § 3 Anm. 26 S. 40. Förtsch stellt hierbei als Erfordernis fest — § 19 Anm. 6 S. 61, § 3 Anm. 11 S. 20 —, dass durch diese Verpflichtung nicht jene hauptsächlichste der Kapitaleinzahlung in ein Bedingungs- und Abhängigkeitsverhältnis gebracht werde; auch die Möglichkeit des § 24 des Ges. gebe keine Sicherheit, diese Auffassung, die den Schutz der Öffentlichkeit im Auge hat, abzulehnen.

2) § 212 H.G.B.

3) Für das erstere Ring S. 525; Staub § 35 Anm. 46 S. 216.

Sinne § 320 ff. B.G.B., einen Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 B.G.B. zum Gegenstande hat, anzunehmen geneigt sein. Durch ihn wird der Geschäftsführer zur Leistung der Dienste, die ihm durch die innere Organisation der Gesellschaft zugewiesen sind, verpflichtet, die Gesellschaft hingegen, ihm die vereinbarte Vergütung zu gewähren.

Diese kann sehr verschiedenartiger Natur sein. Sie kann in Gehalt, Remuneration, freier Wohnung, Naturalien, Pensionsberechtigung, Provision von abgeschlossenen Handelsgeschäften, Gewinnbeteiligung u.a. bestehen.

Vor allem wird man eine Gewinnbeteiligung meist durch das Statut vorgesehen finden, wenn nicht, kann sie auch durch Gesellschafterbeschluss zugebilligt werden; schliesslich kann sie auch im Anstellungsvertrag vereinbart sein, wenn es dem zum Abschluss berufenen Organ freigestellt ist, in dieser Richtung zu verfügen. Für die Berechnung der Tantieme ist in erster Linie Gesetz und Statut maßgebend. Die Zubilligung einer solchen Belohnung für die Mitarbeit zur Erlangung eines Erträgnisses lässt als gerechtfertigt erscheinen, dass man die Bilanz, die für die Gewinnverteilung als maßgeblich angesehen wird, auch hier in Betracht zieht, ferner dass bei Abweichen der Vermögens- von der blossen Ertragsbilanz letztere Berücksichtigung findet. Diese ist es ja, deren günstige Lage der Mühe der Geschäftsführer zu danken ist. Die Frage, ob der Brutto- oder Nettogewinn vor oder nach Abzug der jährlichen Verwendungen für bestehende Fonds oder der Abschreibungen maßgeblich für die Entlohnung sein solle, entscheidet sich nach dem Inhalt des Gesellschaftsstatuts. Im Zweifel ist anzunehmen, dass die Tantieme von demjenigen Reingewinn zu berechnen ist, der verbleibt nach Abzug der gesetzlichen und

statutarischen Rücklagen, nicht der unabhängig davon willkürlich festgesetzten [1]).

Auf den Dienstvertrag muss sich bezüglich dieser Ansprüche der Geschäftsführer zunächst berufen, nicht auf den Inhalt des Statuts, es sei denn, dass dieser, dem Geschäftsführer bekannt, bei nicht ausdrücklichen Abmachungen als stillschweigend vereinbart angesehen wird.

Ist jedoch über die Vergütung an sich weder im Dienstvertrage noch im Statut etwas bestimmt, so greift die Vorschrift des B.G.B. Platz, nach der dem Geschäftsführer die nach dem Umfange seiner Dienste übliche Vergütung zu gewähren ist [2]).

Hat hiernach der Geschäftsführer Anspruch auf eine geldwerte Gegenleistung, so lässt sich nun weiter die Frage aufwerfen, ob er auch einen solchen auf sein Amt an sich hat.

Ein derartiger Anspruch ist denkbar in zwei Beziehungen, einerseits als Recht des Geschäftsführers, ausschliesslich und unbeschränkt im Umfange der ihm zugewiesenen Befugnisse zu verfügen und andererseits als Anspruch auf Fortdauer des Amtes bei Beendigung des Dienstverhältnisses durch die Gesellschaft. Wenn auch Pflichten und Rechte sich nur nach individualrechtlichen Grundsätzen verteilen, so ergeben sich doch diese Ansprüche aus der Stellung, die das Organ im Organismus einnimmt, ihr Umfang folgert sich aus dem Gesetz und dem Statut der konkreten Gesellschaft.

Würde ersterer Anspruch dem Geschäftsführer entgegen diesen Bestimmungen verkürzt, so kann er nicht auf das ihm als Organ Zugestandene sein Klag-

1) Vgl. Staub § 35 Anm. 49 S. 217, R.G. Bd. 11 S. 163, 164; Bauer S. 40.

2) § 612 B.G.B.

petitum richten, sondern er kann nur durch interne Vorgänge wieder in den Besitz seiner Wirksamkeit gelangen. Wird er nicht befriedigt, so bleibt ihm nur die Möglichkeit, das Dienstverhältnis zu lösen und seine Entlassung herbeizuführen.

Wird dagegen die Aufhebung des Organ- und Dienstverhältnisses gegen den Willen der Geschäftsführer vorgenommen, so steht ihm nicht das Recht zu, gegen den Beschluss der Gesellschafter, der ihn aus seiner Organqualität entfernt, eine Fortdauer seines Amtes zu erstreiten [1]). Dass die Gesellschaft bezüglich der Amtsdauer nicht gebunden ist, ergibt sich aus § 38, wonach dieser eine völlig willkürliche Entscheidung vorbehalten ist. Das gesetzlich an sich unbeschränkte Widerrufsrecht ist jedoch durch die Statutenbildung beschränkbar, jedoch nur soweit, als nicht wichtige Gründe für den Widerruf vorliegen. Für diesen Fall muss unter allen Umständen die sofortige Enthebung aus der Amtsfunktion der Gesellschaft vorbehalten sein, in dringenden Fällen wird es sich sogar notwendig machen, durch Erwirkung einer einstweiligen Verfügung in dieser Richtung den Geschäftsführer unschädlich zu machen [2]).

Der Geschäftsführer kann jedoch vielmehr auf Grund der vorzeitigen vertragswidrigen Kündigung seines Dienstverhältnisses auf das klagen, was ihm bei dessen Fortdauer bis zur rechtmässigen Kündigung hätte gewährt werden müssen. Auf derartige Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen weist das Gesetz in § 38 Abs. 1 anlässlich der Statuierung der jederzeitigen Widerruflichkeit der Bestellung in dem Sinne hin, dass sie trotz dieser fortbestehen, ein

1) Vgl. Birkenbihl S. 202; R.O.H.G. Bd. 14 S. 85.

2) Vgl. Staub § 38 Anm. 2 S. 228; R.G.E. Bd. 7 S. 77 vom 4. Juli 1882.

Beweis für die strikte Unterscheidung der Organstellung und des individualrechtlichen Dienstverhältnisses. Dass der Geschäftsführer aber fordern könne, dass ihm seine Organtätigkeit weiter zugestanden würde dergestalt, dass seine vielleicht unerwünschten Leistungen anzunehmen seien, verbietet sich schon m. E. aus allgemein rechtlichen Grundsätzen des B.G.B.[1]). Nimmt man hiernach an, dass die Gesellschaft durch Entlassung des Geschäftsführers in Annahmeverzug der von ihm zu leistenden Dienste kommt, so ist letzterer nach vergeblicher Fristsetzung berechtigt, Schadensersatz zu verlangen oder vom Dienstvertrage zurückzutreten. Der Anspruch auf Erfüllung, d. h. auf Annahme seiner Dienste, auf Wiedereinräumung der Organfunktion bleibt ausgeschlossen[2]).

Im Sinne dieser Darlegung ist es auch zu deuten, wenn Staub 35 Anm. 63 S. 219, 220 im scheinbaren Widerspruch zu S. 228 § 38 Anm. 2 sagt, dass das Dienstverhältnis bei unberechtigter sofortiger Kündigung fortbesteht, wenn kein wichtiger Grund zur Entlassung berechtigt hat. Die Gesellschaft kann des Geschäftsführers Dienste weiter annehmen und ist gehalten, ihm seine Vergütung fortzugewähren, in letzterem liegt ihre Obligation, zu ersterem kann sie nicht gezwungen werden. Daraus, dass das Dienstverhältnis weiter besteht, folgt, dass die Verpflichtung des Verpflichteten zur Leistung bei Bestand bleibt, nicht aber soll damit zugleich auch ein Recht des Verpflichteten,

---

1) § 326 B.G.B. Anders R.G. Bd. 44 S. 98, 99; wie oben Birkenbihl S. 202; R.O.H.G. Bd. 14 S. 85.

2) Vgl. Merzbacher § 39 Anm. 3 S. 94; Staub S. 229. Hiernach wird festgestellt, dass eine Anfechtung des Entlassungsbeschlusses durch den Geschäftsführer nur denkbar ist, wenn dieser zugleich Gesellschafter, d. h. die obige Auffassung bestätigend, nicht als Dritter, sondern kraft seiner Zugehörigkeit zum Organismus.

zu leisten, begründet sein. Das Recht auf das Amt hängt von der Willkür des Organismus ab, dem der „Beamtete“ eingefügt ist. Es kann individualrechtlich nicht durchgesetzt werden, erstreitbar dagegen ist das Recht aus dem Dienstverhältnis aber nur auf Schadensersatz.

Die Aufhebung der Organstellung durch Widerruf oder Entlassung und die Kündigung des Dienstvertrags ist nach obigem Begriff nicht derselbe Akt. Die Vornahme des einen oder des andern ist jedoch in der Praxis nicht anders auszulegen, als dass damit unzweifelhaft auch das andere gewollt ist. Der Geschäftsführer hat also an seiner Entlassung bei Aufhebung des Dienstverhältnisses nicht zu zweifeln [1]).

Das Vertragsverhältnis wird jedoch nicht allseitig angenommen, von manchen Seiten wird der Geschäftsführung ein Auftrag zu Grunde gelegt [2]). Die Streitfrage, ob Dienstvertrag oder Mandat, hat allenthalben bestanden.

Eine generelle Entscheidung in dieser Streitfrage ist m. E. nicht möglich, eine Unterordnung unter eine der beiden Kategorien kann nur unter Berücksichtigung des konkreten Falles stattfinden.

Am ehesten könnte die Geschäftsführung als Auftrag anzusehen sein, wenn der Geschäftsführer keinen Anspruch auf Entgelt hat, sondern ihm eine Entschädigung nur als ungewisses Geschenk geboten wird. Am meisten wird man dies finden bei Gesellschaftern einer kleinen G.m.b.H., die einer nach dem andern jeder für eine gewisse Zeit die Obliegenheiten der Geschäftsführung wahrnehmen und sich aus Liberalität

1) Vgl. Staub § 38 Anm. 4 S. 228.

2) Vgl. R.G. Bd. 13 S. 50 1. Zeile; Ring S. 525; Entw. I S. 88, wo die Geschäftsführer als „beauftragtes“ Organ bezeichnet werden; Staub § 35 Anm. 46 S. 216; dagegen Gierke S. 618 ff.; Neukamp S. 104.

den Mühen des Amtes unterziehen. Sowie aber die Entschädigung eine regelmässige wird und den Charakter eines Erwerbs für den Geschäftsführer annimmt, kann nur ein Dienstvertrag in Frage kommen [1]).

Diese Zugrundelegung der Besoldungsfrage ist jedoch nicht allein durchschlagend, es kommt vielmehr noch ein anderes Moment in Betracht, so dass wohl bei völliger Übereinstimmung der übrigen Gesellschaftsorgane mit dem Geschäftsführer in Bezug auf die Ausführung des Auftrags nicht, wohl aber bei möglichen Meinungsverschiedenheiten die Diskrepanz der Geschäftsführung mit dem Auftrag vor Augen geführt wird. Beim Auftrag handelt der Mandatar ausschliesslich nach den Weisungen des Mandanten, er ist an nichts anderes gebunden und kann lediglich davon abweichen, wenn er zu der Annahme berechtigt zu sein glaubt, dass seine Maßnahmen auf Grund der veränderten Umstände vom Mandanten gebilligt werden [2]). Der Geschäftsführer jedoch ist nicht allein an den Willen des Mandanten, d. h. den der Gesamtheit der Gesellschafter, sondern vielmehr noch an Gesetz und Satzungen gebunden. Es liegt auf der Hand, dass der Geschäftsführer dabei in einen Konflikt der Pflichten geraten kann, wenn er zu einer Handlung beauftragt wird, mit der er Gesetz und Statut zuwiderhandeln müsste. Es kann auch vorkommen, dass die Handlungsfähigkeit des Geschäftsführers, die ihm durch Gesetz oder Statut zugestanden ist, viel weiter reicht als ihm die Mandanten, die als solche durch dieselben Normen berufen sind, beauftragen können. Da nun der Mandatar wirksam als Vertreter nach aussen nur soweit Geschäfte zustande bringt, als sein Machtgeber seine

---

1) Vgl. Esser S. 69.
2) § 665 B.G.B.

Tätigkeit hat ausdehnen wollen, hier aber eine Wirksamkeit über diese Grenzen hinaus nach dem Gesetz eintreten darf, so ergibt sich, dass die rechtsgeschäftliche Form des Mandats für den Pflichtenkomplex des Geschäftsführers nicht ausreicht, sondern zweckmässigerweise durch ein anderes Rechtsinstitut ersetzt wird, das nicht den beschriebenen Mangel in sich birgt.

Aus der gleichen Begründung ergibt sich die Unmöglichkeit, die Tätigkeit und ihren Umfang mit der eines Handlungsbevollmächtigten zu identifizieren.

Den Ansprüchen der Geschäftsführer stehen ihre Pflichten gegenüber. Die Gesellschaft ist durch den obligatorischen Vertrag berechtigt, von dem Geschäftsführer die Betätigung als ihr Organ im Rahmen des Gesetzes und ihres Statuts zu verlangen. In diesem können, sowie im Anstellungsvertrage, das erstere ergänzend, dem Geschäftsführer besondere Obliegenheiten und auch Unterlassungen auferlegt werden.

Es kann dadurch dem Geschäftsführer verboten sein, sich an Unternehmungen der Konkurrenz zu beteiligen oder sonstigen Nebenbeschäftigungen nachzugehen [1]).

Was das Konkurrenzverbot anbetrifft, so ist es im Gesetz nicht enthalten. Sind weiter darüber keine Bestimmungen getroffen, so ist das Konkurrenzverbot dann analog § 236 H.G.B. auch hier anzunehmen, wenn die Tätigkeit der Geschäftsführer ausserhalb der Gesellschaft in einer ähnlichen Branche diese schädigen und somit ihren Pflichten zuwiderlaufen würde, so dass die Folgen, Schadensersatzansprüche oder sofortige Entlassung, gerechtfertigt erscheinen könnten.

Diese analoge Ausdehnung des Konkurrenzverbotes auf die G. m. b. H. ist natürlich eine bedingte. Sie

1) Vgl. S. 23 dieser Abhandlung; Hergenhahn S. 91 X.

rechtfertigt sich um so eher, je mehr die G. m. b. H. sich dem Bilde der Aktiengesellschaft nähert, je mehr z. B. ihr Umfang die Tätigkeit eines oder mehrerer Geschäftsführer vollkommen in Anspruch nimmt und je weniger die Geschäftsführer durch Besoldung, Gewinnbeteiligung oder anderes finanziell so gestellt sind, dass sie eine Erwerbsbetätigung im gleichen Fache ausserhalb ihrer G. m. b. H. nicht notwendig haben. Ist das Gegenteil der Fall, so ist es dem Geschäftsführer nicht zu verargen, wenn er nebenher im gleichen Fache sich Zubusse sucht, solange diese Tätigkeit nicht seine Pflichten verletzt [1]).

Im allgemeinen legt das Gesetz dem Geschäftsführer die Pflicht auf, in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorge eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden [2]). Er hat das Maß der Sorgfalt zu beobachten, wie sie ein Mann in gleicher Stellung als ehrlicher, fleissiger und vorsichtiger Geschäftsmann nach der allgemeinen Ansicht Gleichgestellter zu prästieren pflegt. Der Maßstab für die Beurteilung ist nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt oder die eines Kaufmanns, eines Familienvaters oder die diligentia quam suis, sondern die von Männern, die in gleicher Lebensstellung die speziell gleichen Geschäfte führen. Unsere Diligenz ist weitgreifender als die genannte des Kaufmanns, sie umfasst diese mit, da es sich für den Vorstand einer Gesellschaft des Handelsrechts naturgemäss nur um kaufmännische Geschäfte handelt. Sie kann aber auch häufig das erforderliche Maß von Umsicht und Erfahrung in technischer Beziehung mit in sich schliessen, wenn dies bei dem Geschäftsführer im konkreten Falle vorausgesetzt ist.

1) § 43 des Ges.; vgl. Staub S. 217 Anm. 50; Bauer S. 161 f.; Birkenbihl S. 189, 184; Parisius-Crüger S. 138.

2) Vgl. § 276 B.G.B.; § 347 H.G.B.; § 277 B.G.G.

Der auch im Aktienrecht geläufige Begriff des ordentlichen Geschäftsmannes lässt dies Adjektiv „ordentlich“ besonders hervortreten. „Ordentlich“ ist der Geschäftsmann, der reell, fleissig, sorgsam, mit den Besonderheiten seines Geschäftsbetriebes vertraut, unter Vermeidung irgend welcher Unregelmässigkeiten und Beobachtung der im Stande üblichen Ordnung seine, oder wie hier, die Geschäfte einer A.G. oder G. m. b. H. führt[1]).

Diese Diligenzpflicht ist hiernach eine weitreichende, ihr Umfang kann im konkreten Falle durch Statut verschieden scharf bemessen sein. Sie kann jedoch durch dieses nicht unter das Maß der Vorschrift des § 43 herabgemindert werden. Denn nach § 276 Abs. 2 B.G.B. ist zwar vorheriger Erlass der Haftung für Fahrlässigkeit des Verpflichteten nicht ausgeschlossen, da jedoch Fahrlässigkeit im Geschäftsbetriebe mit den oben gegebenen Begriffen eines ordentlichen Geschäftsmannes unmöglich als vereinbar angesehen werden kann, so ergibt sich die zwingende Natur unserer Vorschrift und die Unanwendbarkeit der allgemeinen des B.G.B. Gegeben ist diese Vorschrift im Interesse der Gesellschaft. Die Strenge rechtfertigt sich aus dem Gedanken der Sicherung der Gesellschafter, die ihre Vermögensteile vertrauensvoll in die Hand der Gesellschaft legen. Der soziale Charakter des Gesetzes verbietet, eine Änderung zur Abschwächung der hier vorgesehenen Garantie gegenüber Dritten durch inneren Akt herbeizuführen[2]).

Behauptet die Gesellschaft einen Mangel der beschriebenen Pflichtbetätigung seitens des Geschäftsführers, so hat dieser bei Inanspruchnahme einrede-

1) Vgl. Staub, Komm. z. H.G.B. § 241 Anm. 1 S. 729.

2) Vgl. Bauer S. 133; Neukamp S. 153, 154; Birkenbihl S. 230 Abs. 1.

weise darzutun, dass sein Verhalten pflichtgemäss gewesen sei und dass er bei dem in Frage stehenden konkreten Vorgange die im § 43 vorgeschriebene Sorgfalt angewendet habe. Er wird jedoch nicht mit seiner Einrede durchdringen, wenn er behauptet, dass er bei seinem Handeln die diesbezüglichen Bestimmungen des Gesetzes oder Statuts nicht gekannt oder den an ihn herangetretenen technischen Fragen nicht gewachsen gewesen sei. Denn Kenntnis der einschlägigen Vorschriften ist einesteils von einem ordentlichen Geschäftsmanne unbedingt zu verlangen und andererseits sichert der Geschäftsführer bei Eingehung des Dienstverhältnisses die Fachkenntnisse und technischen Fähigkeiten entweder ausdrücklich oder stillschweigend zu, die zur Führung der Geschäfte als erforderlich anzusehen sind. Dass er sich über das Maß und den Umfang derselben klar geworden ist, ist bei der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes selbstverständlich.

Der Geschäftsführer hat nur die Pflicht, im Kreise seiner Befugnisse zu handeln, überschreitet er sie, so verletzt er seine Dienstpflicht und wird der Folgen seiner unzuverlässigen Geschäftsführung selbst dann nicht ledig, wenn er behauptet, dass er, ausser stande, die schädlichen Folgen vorauszusehen, nur das Beste der Gesellschaft gewollt habe [1]).

§ 7.

Einzel- und Kollektiv-Vertretung.

Die vornehmste Funktion der Geschäftsführer, den Gemeinwillen nach aussen rechtserheblich zu machen, als Träger der notwendigen Lebensbetätigung der Verbandsperson, ist untrennbar mit ihrem Wesen ver-

1) Vgl. Staub § 43 Anm. 3 S. 256.

bunden. Die Geschäftsführer sind nahezu ausschliesslich dazu berufen, sie können durch kein anderes Organ aus ihrer Repräsentativfunktion dauernd verdrängt werden.

Das Gesetz sagt in § 35: „Die Gesellschaft wird durch die Geschäftsführer gerichtlich und aussergerichtlich vertreten," ebenso wie im Aktienrecht in § 231 H.G.B. dem Vorstand eine gleiche Eigenschaft beigemessen wird. Analoge Bestimmungen für den Vorstand eines rechtsfähigen Vereins finden sich auch in § 26 des B.G.B. Diesem wird hier jedoch ausdrücklich der rechtliche Charakter eines gesetzlichen Vertreters beigelegt[1]). Hierdurch ist hervorgehoben, dass sämtliche Bestimmungen der Rechtsordnung, die die Stellung eines gesetzlichen Vertreters betreffen, auf den Vorstand ihre Anwendung finden[2]).

Dass die Geschäftsführer die Stellung eines gesetzlichen Vertreters hätten, ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, ergibt sich aber aus der subsidiären Anwendbarkeit des genannten Paragraphen des B.G.B. Zudem schliesst schon die Gleichheit der Fassung hier und dort jeden Zweifel aus, dass die G.m.b.H. als künstliche Willensträgerin ebenso zwingend einer gleichartigen Vertretung bedürfe, wie der rechtsfähige Verein des B.G.B. und die Aktiengesellschaft[3]).

Die Befugnis zur Vertretung der G.m.b.H. steht nach dem Gesetze den Geschäftsführern zu, das Gesetz schreibt nicht eine Mehrheit vor, sondern es lässt den Organisatoren vollkommen freie Hand, einen einzigen oder mehrere zur erhöhten Sicherheit der Verbandsperson zu geben.

1) § 26 Abs. 2 B.G.B.

2) Mugdan, Motive S. 405, 4.

3) Vgl. Neukamp S. 104, 105; derselbe bedient sich der gesetzlichen Vertretereigenschaft zur Ablehnung der Mandatsannahme.

Ist nur ein Geschäftsführer bestellt, so ist er allein Träger der Vertretungsfunktion, er übt in vollem Umfange die Vertretungsbefugnis aus und ist nicht an die Mitwirkung anderer Organe gebunden. Dies würde dem Sinne des § 35 Abs. 1 widersprechen, nach dem, wenn nur ein einziger, er auch allein zur Vertretung berechtigt ist[1]).

Wenn z. B. der einzige Geschäftsführer Erklärungen nur zusammen mit einem Prokuristen statutengemäss abgeben könnte, so wäre dies in der gesetzlich festgelegten Organqualität ein Minus. Denn damit wäre gesagt, dass der Geschäftsführer selbst als Vertretungsorgan nicht ausreichte. Etwas anderes ist es, wenn das Statut neben einem von mehreren Geschäftsführern die Miterklärung eines Prokuristen oder überhaupt allein nur die Erklärung von Prokuristen vorsieht. Diese Maßregel dient nur zu Entlastung und lässt die Möglichkeit ihres Eingreifens unabhängig von dem Prokuristen, während im ersteren Falle direkt die Unmöglichkeit der Alleinvertretung des Geschäftsführers im Widerspruch mit dem Gesetz durch das Statut festgelegt wäre[2]).

Im Falle einer Mehrheit von Vertretern kompliziert sich die Frage der Ausübung der Funktion und führt zu der Erörterung, unter welchen Bedingungen, sowohl gesetzlichen wie statutarischen, sich das Zusammenwirken vollzieht und welche Rechtsfolgen sich daran knüpfen.

Zunächst ist zu unterscheiden, wie die Geschäftsführer ihre Vertretungsbefugnis in aktiver und passiver Weise ausüben. § 35 Abs. 2 Satz 3 bestimmt ausdrücklich: „Ist der Gesellschaft gegenüber eine Willens-

1) Vgl. Liebmann § 35 Nr. 10 S. 95; Staub § 35 Anm. 22 S. 211; R.G. Bd. 40 S. 17 v. 29. Okt. 1897; Merzbacher S. 88.

2) Vgl. S. 58.

erklärung abzugeben, so genügt es, wenn dieselbe an einen der Geschäftsführer erfolgt.“ Diese Vorschrift entspricht durchaus dem Verkehrsbedürfnis und macht die ungleich erschwerendere Form der Erklärung gegenüber allen Geschäftsführern unnötig. Selbst durch Statut kann eine im letzteren Sinne abweichende Regelung nicht getroffen werden. Dies erhellt aus der analog anzuwendenden Vorschrift des B.G.B § 28 Abs. 2 und § 40. Kündigungen, Anträge, Mängelrügen, Fristsetzungen kann sonach auf jeden Fall der einzelne Geschäftsführer entgegennehmen.

Hieraus, d. h. aus der Geschlossenheit des Organismus, rechtfertigt sich auch die Auffassung, dass die Kenntnis eines Geschäftsführers von einem Umstande, der ein vorzunehmendes Rechtsgeschäft alteriert, der Gesellschaft voll zugerechnet wird, so dass es nicht des Mitwissens der übrigen Geschäftsführer bedarf [1]). Es liegt hier der Gedanke zu Grunde, dass bei Vorgängen im Leben des Geschäftsführers, die nicht in aktivem Vorgehen bestehen, die rechtliche Gültigkeit seiner vom Willen unabhängigen Erklärungsentgegennahme oder seiner ausschliesslichen Kenntnis für die Verbandsperson bereits gegeben ist. Dieser Satz ergibt sich aus dem Verlangen nach möglichster Verkehrserleichterung und Sicherheit dergestalt, dass man von Treu und Glauben der Geschäftsführer erwartet, dass sie die nur an die eigene Person gelangten Äusserungen den andern Geschäftsführern oder den sonst dazu berufenen Organen mitteilen, so dass daraufhin die zum Aktivvorgehen vorgesehenen Funktionäre entsprechend tätig werden können. Denn es wäre auch direkt undurchführbar, wenn das Gesetz verlangen wollte und das Statut verlangen dürfte, dass

1) Vgl. Staub § 35 Anm. 8 S. 207; Bauer S. 100.

nur alle Geschäftsführer zur Annahme von Erklärungen zusammen befugt sein sollten; einer juristischen Person, die sich zur Lebensbetätigung physischer Personen bedienen muss, kann wohl vorgeschrieben sein, unter welchen Bedingungen diese nach aussen aktiv vorgehen, jedoch eben solche Voraussetzungen aufzustellen für die Zweige ihrer Funktionen, wo von aussen an sie herangetreten wird, wäre eine völlige Beschneidung des Geschäftsbetriebes, da es auf diese Weise der Aussenwelt nahezu unmöglich würde, rechtsgültige Beziehungen mit der G. m. b. H. anzuknüpfen. Die analoge Anwendung des Paragraphen als Argument gegen die Einrede der G. m. b. H., es hätten nicht alle Geschäftsführer Kenntnis von Tatsachen gehabt, mithin könne sich der Gegner nicht auf das Wissen der G. m. b. H. beziehen, ist eine notwendige Handhabe, ohne die kein Mensch mehr mit einer G. m. b. H. sich einlassen würde.

Wie vollzieht sich nun das Zusammenwirken der Geschäftsführer als Vertretungsfunktionäre? Das Gesetz lässt auch hier die weitgehendste Freiheit für die Form, in der die Geschäftsführer ihre Willenserklärungen kundzugeben und für die Gesellschaft zu zeichnen haben. § 35 Abs. 2 des Ges. Das im Text gebrauchte Wort „Form“ ist hier gleichbedeutend mit „Art“. Die vom Statut festgesetzte Art des Zusammenwirkens ist demnach materielles, nicht formelles Recht.

Das Gesetz gibt für den Fall, dass das Statut bei einer Mehrheit von Geschäftsführern keine besonderen Bestimmungen getroffen hat, die Auslegungsregel, dass sämtliche Geschäftsführer zusammen gültig eine Erklärung abgeben können.

Diese Kollektivvertretung ist nicht eine Beschränkung des Vertretungsrechts des einzelnen, denn dieser hat dann, soweit es sich um Erklärungen handelt,

allein überhaupt kein subjektives Vertretungsrecht mehr, da diese Befugnis nur mehreren zugleich zusteht. Ebenso ist dies Recht in objektivem Sinne kein beschränkteres oder ein solches von minderer Art, es ist voll und wird nur getragen von einer Mehrheit von Personen[1]). Den mehreren Geschäftsführern braucht jedoch nicht die gleiche Vertreterqualität zuzustehen. Der eine kann z. B. allein, der andere nur kollektivvertretungsbefugt sein[2]).

Diese Mehrheit der Geschäftsführer ist nun wieder denkbar als Vielheit von Personen oder als einheitliches Organ. Im ersteren Falle müssten alle Geschäftsführer die gleiche Erklärung abgeben, im zweiten Falle dagegen wäre die Erklärung von einem einzigen als Repräsentanten der Geschäftsführer als Majoritätskollegium abzugeben[3]). Die letztere Möglichkeit erscheint gekünstelt, sie würde die Bildung eines körperschaftlich organisierten Organs im Organe bedeuten. Sie lässt sich lediglich durch Statut derartig bilden, nach dem Gesetz scheint allein die Kollektivvertretung, bei der jeder einzelne Geschäftsführer mitwirkt, gewollt.

Über die Erfordernisse des Mitwirkens bei der Erklärung gehen die Ansichten auseinander. Zur möglichsten Verkehrserleichterung scheint eine freiere Auslegung am Platze zu sein.

Es wäre zu weitgehend und hemmend, sollte der Akt, z. B. die Kündigung, Fristsetzung nur in unmittelbarer Gemeinsamkeit von den Geschäftsführern unisono erklärt, als verbindlich angenommen werden. Eine Einrede der Nichtgültigkeit der Willenserklärung wird nur dann durchdringen, wenn der betreffende Akt sich nicht als von allen Geschäftsführern gewollt und voll-

1) Vgl. Staub, Komm. § 35 Anm. 9 S. 207, 208.
2) Vgl. Parisius-Crüger S. 139.
3) Vgl. Birkenbihl S. 187.

zogen darstellt. Es muss jeder die Erklärung abgegeben haben, sein vorausgesetztes Einverständnis genügt nicht.

Die Frage, ob Gültigkeit bei nicht gleichzeitiger Abgabe der Erklärung oder Abgabe derselben durch konkludente Handlung anzunehmen sei, ist dahin zu entscheiden, dass in beiden Fällen die Erklärung rechtswirksam ist, jedoch ist in jedem Falle der konkrete Tatbestand und die Natur des nicht gleichzeitig vorzunehmenden Rechtsaktes im Auge zu haben. Eine nachträgliche Zustimmung oder Genehmigung ist nur dann unstatthaft, wenn es dem Wesen der Handlung nicht entspricht, z. B. bei Formalakten, wie Auflassungen, Abstimmungen [1]).

Die blosse interne Zustimmung eines Kollektivberechtigten zu der Erklärung des anderen genügt nicht, sie muss sich als eigene Willensbetätigung nach aussen erkennbar machen [2]).

Ein allgemeiner Auftrag des einen an den anderen zur Abgabe von Erklärungen, erfüllt nicht das Erfordernis der Mitwirkung bei der speziellen Handlung [3]). Einen speziellen Auftrag hingegen wird man als gültig in diesem Sinne auffassen können, insbesondere einen Auftrag zur Durchführung bereits gefasster Gesellschafterbeschlüsse. Ein solcher Auftrag schliesst in sich ein Handeln mit Bezug auf etwas Bestimmtes, er ist als Ersatz der eigenen Tätigkeit, die dem Geschäftsführer vielleicht nicht gerade möglich ist, oder für bestimmte Kategorien der Tätigkeit immerhin als Mitwirkung auszulegen. Besonders wird sich eine Vollmachtserteilung häufig für einzelne Kategorien nötig machen. Eine derartige Durchbrechung des starren

1) Vgl. Staub, Komm. § 35 Anm. 18 S. 210.
2) Vgl. Bauer S. 96; Staub § 35 S. 208; R.G. Bd. 40 S. 19.
3) Vgl. Staub § 35 Anm. 11.

Kollektivitätsprinzips wird sich insbesondere nahezu unabweisbar notwendig machen für gewisse untergeordnetere Zweige der Tätigkeit, wie Quittungserteilungen, Postvollmacht u. a. Bei einer solchen Vollmacht ist jedoch die Eigenschaft des Bevollmächtigten als Kollektivberechtigter ausgeschaltet, er wird nicht von den übrigen als solcher bevollmächtigt, sondern von den sämtlichen Vertretern der Gesellschaft insgesamt, mithin auch von sich selbst mit[1]).

Schwierigkeiten birgt das Kollektivvertretungsprinzip im Falle der Nichtübereinstimmung des Willens der einzelnen Geschäftsführer, da das Gesetz als Grundsatz die Erklärung aller Kollektivvertreter erfordert. Hierin liegt unzweifelhaft ein Zwang, dass sie alle die Erklärung wollen, die sie auch einzeln abgeben müssen. Eine Majorisierung der Minderheit im Geschäftsführerorgan ist hiernach bei der Erklärungsabgabe ausgeschlossen. Der leitende Gedanke ist, dass der Gesellschaft die grösstmöglichste Sicherheit dadurch geboten sein soll, dass sich ihre sämtlichen Gesellschafter in ihrer Meinung über einzuschlagende Maßnahmen einig sein müssen, der Individualwille jedes der Geschäftsführer muss also gleich sein.

Diese Unanimität kann besonders bei umfangreichen Gesellschaften mit vielen Geschäftsführern recht nachteilig sein. Es ist daher möglich, durch Statut die Geschäftsführer, wie schon oben angedeutet, zu einer Organeinheit zusammenzuschweissen, deren Willen durch Abstimmung und Sieg der Majorität zu stande und nach aussen zur Geltung kommt. Diese Maßnahme würde jedoch die Aufstellung eines weiteren beschliessenden und abstimmenden Organs bedeuten, so dass die Gesellschaft zu jeder Handlung einer be-

1) Vgl. Staub Anm. 14 ff. zu § 35 S. 209; Merzbacher S. 88.

schliessenden Versammlung der Geschäftsführer bedürfte, eine Schwerfälligkeit, die man zweckmässiger durch eine individualistischere Gestaltung des Geschäftsführerorgans umgehen würde [1]).

Der erwähnte Mangel träte besonders eklatant zu Tage im Falle, wo die Kollektivberechtigten die Gesellschaft in der Generalversammlung einer anderen Gesellschaft zu vertreten haben würden. Da sie naturgemäss nur einheitlich im gleichen Sinne ihre Stimmen abgeben können, so müssten sich dieselben im Verlaufe der Generalversammlung vor der Abstimmung über Punkte, die unvorhergesehen zur Entscheidung gebracht werden, schleunigst einigen. Dass dies nicht sehr praktisch ist, liegt auf der Hand. Der Vertretungsmodus würde jedoch zum Missstand und könnte direkt zu einer Schädigung der Interessen der G. m b. H. führen, wenn vielleicht versehentlich die Kollektivberechtigten nicht übereinstimmend mitstimmten, dann wäre ihre Erklärung ungültig. Überhaupt ganz ausgeschlossen wäre jedoch eine Erklärung der Gesellschaft, wenn Meinungsverschiedenheiten unter den Geschäftsführern ihre einheitliche Mitwirkung bei Willenserklärungen unmöglich machten. Besonders hier wäre zur Vermeidung derartiger Unzuträglichkeiten die Erteilung einer Handlungsvollmacht am Platze.

Eine weitere Schwierigkeit fördert das Kollektivvertretungsprinzip, wenn es sich um Abschluss von Rechtsgeschäften der G. m. b. H. mit einem der Kollektivberechtigten handelt. An sich ist das Selbstkontrahieren des Vertreters im Namen des Vertretenen mit sich selbst als Dritten unzulässig [2]). Das Gesetz sagt,

---

1) Vgl. S. 52 dieser Abhandlung.
2) B.G.B. § 181.

soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, oder wenn das Rechtsgeschäft ausschliesslich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

„Gestattet“ wird die Vornahme eines Rechtsgeschäfts dann ohne Zweifel sein, wenn der Geschäftsführer in Ausführung eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung mit sich kontrahiert oder wenn sein persönliches Interesse am Abschluss mit dem Interesse, das er als Vertreter für die Gesellschaft nach den Grundsätzen von Treu und Glauben hegt, gleichläuft[1]). Mangels dieser Voraussetzungen hat das Gesetz bereits zur Vertretung der Gesellschaft die für die Aktiengesellschaft getroffenen Vorkehrungen auch auf unsere Gesellschaft ausgedehnt und dem Aufsichtsrat Vertretungsbefugnis erteilt. § 52 Abs. 1 des Ges. in Verb. mit § 247 H.G.B. Vor allem gilt dies, wenn der Widerstreit zum Prozess gediehen ist. Nimmt man an, dass die Geschäftsführer nur sämtlich kollektivberechtigt wären, so sind die übrigen Geschäftsführer bei Ausfall der Miterklärung des einen Geschäftsführers als Gegenkontrahenten zur Abgabe einer Willenserklärung unfähig, es tritt mithin hier auch der gleiche Ersatz in die Lücke, wie wenn der einzige Geschäftsführer gegen seine Person zu streiten hätte und zwar der Aufsichtsrat, mangels eines solchen die für diesen Fall in § 46 Ziff. 8 des Ges. vorgesehene Beschlussfassung durch die Gesellschafter. Anders, wenn man die Geschäftsführer als Einheit ansieht, deren Willen als ein Produkt interner Beschlussfassung von dem des einzelnen abweicht.

Das aus diesem § 46 Ziff. 8, § 47 Abs. 4, § 52 Abs. 1 des Ges. in Verb. mit § 247 H.G.B. gezogene Resumé, sowie der allgemeine Grundsatz des B.G.B.

1) Vgl. Staub § 35 Anm. 14.

schliesst eine weitere Komplizierung der Vertretungsfrage an sich aus, aber selbst wenn das Statut freiere Formen vorgesehen hätte, bleiben die allgemeinen Grundsätze bestehen.

Ob eine Vertretung der Gesellschaft durch Geschäftsführer in Gemeinschaft mit Prokuristen statthaft ist, darüber trifft das Gesetz keine Bestimmungen. Für die offene Handelsgesellschaft ist die Bestellung eines Prokuristen an die Zustimmung aller geschäftsführender Gesellschafter gebunden (§ 116 H.G.B.). Bei der Aktiengesellschaft der Vorstand bei der Ernennung an die des Aufsichtsrats (§ 238 H.G.B.), bei unserer G.m.b.H. ist die Beschlussfassung darüber der Gesellschafterversammlung vorbehalten (§ 46 Ziff. 7 des Ges.). Eine Vertretungsmöglichkeit der Prokuristen im Verein mit den Geschäftsführern, wie sie in § 125 des H.G.B. möglich gemacht ist, ist zwar nicht in unserm Gesetz ausgesprochen, es ist jedoch auch für diese Gesellschaft die Institution als gegeben anzusehen.

Über die Beiordnung eines oder mehrerer Prokuristen zu den gesetzlichen Vertretern, um mit ihnen in der verschiedenartigsten Zusammensetzung zur Abgabe von Erklärungen befugt zu sein, gehen die Meinungen auseinander.

Zu berücksichtigen bei dieser Frage ist, dass der Geschäftsführer als gesetzlicher Vertreter immer vor dem gewillkürten Prokuristen rangiert, und dass das Eintreten eines Prokuristen gegenüber dem eines Geschäftsführers immer ein Minus bedeutet, das zur Erleichterung des Verkehrs als Notbehelf zugelassen ist. Am meisten äussert sich diese Nichtvollwertigkeit in der nunmehr auch von Staub anerkannten Unmöglichkeit, dass man den einzigen Geschäftsführer einer Gesellschaft nur im Verein mit einem Prokuristen

zulässt. Diese Gruppierung würde eine Verkennung des Vertretungsberufes der Geschäftsführer sein[1]). Wird nur ein Geschäftsführer bestellt, so ist auch dieser Alleinvertreter; es ist durch seine Wahl zum gesetzlichen Organ bereits anerkannt, dass man ihm auch die Prärogative dieses Amts belassen will.

Soll dagegen die Befugnis nicht auf eine Person gestellt werden, so ist dem Gesellschaftgründer das Kollektivsystem zur mannigfachsten Gruppierung und Teilung der Vertretungsmacht an die Hand gegeben. Hier ist es möglich, dass an Stelle des zweiten Geschäftsführers ein Prokurist zur Mitvertretung berufen sein kann. Sind schliesslich auch zwei Prokuristen zusammen vertretungsfähig, so ist darin eine äusserste Konzession an die möglichste Erleichterung des Verkehrs zu erblicken. Diese Form ist ein erreichbarer Notbehelf, durch diese Anordnung, die praktisch vielfach vorkommt, wird jedoch nicht der gesetzliche Vertreterberuf der Geschäftsführer alteriert. Dieser und seine höhere Vollkommenheit bleibt illustriert durch die Tatsache, dass wohl ein einziger Geschäftsführer, nicht aber ein einziger Prokurist zur Vertretung der G.m.b.H. berufen werden kann.

Die Prokuristen sind andererseits die einzigen Organe, deren Mitwirkung die Vertreter nötig haben können. Ausgeschlossen ist die Repräsentation der Gesellschaft durch den Geschäftsführer im Verein mit einem Aufsichtsratsmitgliede oder einem Handlungsbevollmächtigten oder einem Gesellschafter[2]).

1) Vgl. Liebmann § 35 Anm. 10 S. 95; Staub § 35 Anm. 22 S. 211. Vgl. S. 49.

2) Vgl. Staub § 35 Anm. 27 S. 212.

§ 8.

Legitimation der Geschäftsführer und Form ihrer Willenserklärung.

Die materiell begründete Organstellung der Geschäftsführer berechtigt sie zum Verkehr mit der Aussenwelt. Ihr gegenüber bedürfen sie daher des Ausweises über diese Stellung.

Ihre Geschäftsführereigenschaft und die Modalitäten ihrer Vertretung ergeben sich für die Öffentlichkeit aus dem Handelsregister. In dasselbe sind einzutragen zunächst die Personen der Geschäftsführer [1]). Im Anschluss an § 7 unseres Gesetzes, worin durch Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister die Art ihrer Konstituierung festgesetzt wird, bestimmt es in § 8 Abs. 2, dass der Anmeldung beigefügt sein müssen: die Legitimation der Geschäftsführer, sofern dieselben nicht im Gesellschaftsvertrage bestellt sind, der nach Ziff. 1 mit einzureichen ist. Die sämtlichen Geschäftsführer, die die Gesellschaft beim Handelsregister anzumelden haben, § 78 des Gesetzes, haben nachzuweisen, dass ihre Bestellung nach den Vorschriften dieses Gesetzes erfolgt ist, sie haben also im Regelfalle den Ausweis über den Beschluss der Gesellschafter, der sie bestellte, zu erbringen. Es genügt das Vorlegen des Sitzungsprotokolls der Versammlung, die die Konstituierung beschlossen hat. Dass die Unterschriften der unterzeichneten Gesellschafter beglaubigt sein müssen, hält Staub nicht für erforderlich [2]). Auch im Falle, dass der Beschluss der Gesellschafter mündlich gefasst ist, kann der Registerrichter die schriftliche Bescheinigung der Gesellschafter darüber

---

1) § 10 Abs. 1.

2) Vgl. Staub § 8 Anm. 5 S. 69.

erfordern. Diesem steht ja auch jederzeit die Feststellung der ihm zweifelhaft erscheinenden Tatsachen von Amtswegen gemäss § 12 des Fr.G.G. zu.

Es muss ferner eingetragen werden, in welcher Weise mehrere Geschäftsführer ihre Vertretungsbefugnis ausüben. § 10 Abs. 2 des Gesetzes. Unterbleibt bei einer Mehrheit von Geschäftsführern die Verlautbarung dieser Anordnungen, so tritt der gesetzliche Stand der Kollektivberechtigung der Geschäftsführer in Kraft.

Neben der Eintragung hat die Veröffentlichung des Eintrags zu erfolgen. § 10 Abs. 3 des Ges. Die Unterlassung der Veröffentlichung hat die gleichen Folgen wie die Unterlassung der Eintragung, die weiter unten besprochen werden sollen. § 15 H.G.B.

Aber auch während des Bestandes der Gesellschaft ist jede Änderung im Geschäftsführerorgan zur Eintragung zu bringen. § 39 des Ges. Das Gesetz spricht hier nur von einer Änderung in den Personen der Geschäftsführer und von der Beendigung der Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers. Gemeint ist damit jedoch auch jede Veränderung in der Art der Vertretungsbefugnis. Diese Interpretation ergibt sich nicht nur aus der Notwendigkeit, sondern auch aus der Analogie des Aktienrechts [1]).

Hier haben ebenso die anmeldenden Geschäftsführer die Neuordnung durch Vorlegung der Nachweise, über deren gesetzliche Voraussetzungen zu begründen. § 39 Abs. 2 des Ges. Sie haben z. B. die Erklärung abzugeben, dass der Geschäftsführer durch Tod ausgeschieden sei und dies durch Vorlegung der Sterbeurkunde zu erhärten, oder dass er sein Amt niedergelegt habe und dass ein anderer laut vorgelegten Wahlprotokolls in seine Stellung eingerückt sei.

1) Vgl. Staub § 39 Anm. 1.

Die Geschäftsführer haben sowohl bei der Anmeldung, anlässlich der Gründung, wie auch später bei jeder Veränderung ihre Unterschrift zur Aufbewahrung beim Gericht zu zeichnen, um Dritten zur Feststellung der Identität ihrer Unterschrift einen unter publica fides stehenden Anhalt zu gewähren. § 8 Abs. 3 und § 39 Abs. 3 des Ges. Diese Unterschrift ist persönlich beim Gerichte zu Protokoll des Gerichtsschreibers zu bewirken oder in öffentlich beglaubigter Form einzureichen. § 128 Fr.G.G., § 12 H.G.B.

Durch die Eintragung und Veröffentlichung wird die formelle Berechtigung der Geschäftsführer dokumentiert, in dem ihnen funktionell, allein oder mit anderen Geschäftsführern oder Prokuristen beschränkten oder in überhaupt unbeschränktem Umfange als Vertreter tätig zu werden. Die Eintragung hat die Präsumtion für ihre materielle Richtigkeit. Jeder Dritte hat die eingetragenen Tatsachen gegen sich gelten zu lassen, es sei denn, dass er sie weder kannte noch kennen musste. § 15 H.G.B.

Die Eintragung kann sich jedoch nur auf eine Teilung der Vertretungsbefugnis unter verschiedene Personen, nicht in funktioneller Beziehung in verschiedene Zweige der Tätigkeit beziehen. Da letztere Beschränkung der Vertretungsbefugnis nach ihrem sachlichen Gehalte nach aussen nicht wirksam ist, sondern nur eine interne Verpflichtung ergibt, so bedarf es auch nicht ihrer Eintragung in das Register. § 37 Abs. 2 des Ges. Eine solche Eintragung wäre ungültig und gesetzwidrig, sie würde den Grundsatz des § 37, der nicht durch Statut abgeändert werden kann, zur Farce machen. Ist diese fälschliche Eintragung einmal geschehen, so spricht die publica fides allerdings für ihre materielle Richtigkeit. Wird ein Rechtsgeschäft mit einem so legitimierten Geschäfts-

führer abgeschlossen, so ist es vollgültig, denn die G.m.b.H. kann dem Abschluss nicht den ungültigen Eintrag im Widerspruch zu dem genannten Fundamentalsatze entgegensetzen, eine Eintragung, die überdies von Amtswegen gelöscht werden könnte [1]).

Es ergibt sich ferner hiernach, was besonders für die Zeit zwischen Bestellung und Eintragung von Wichtigkeit ist, dass der Geschäftsführer, der rite bestellt, aber noch nicht eingetragen ist, nach aussen Geschäftsführer ist, da er dem gegenüber, der von seiner tatsächlichen Qualität Kenntnis hat, als Vertretungsberechtigter legitimiert ist, mithin dem Dritten der Mangel seiner Eintragung nicht entgegengesetzt werden kann. Die Eintragung hat also nicht konstitutive, sondern deklaratorische Kraft.

Die Wirkung der publica fides eines neuen Vertretungsmodus datiert von dessen Eintragung, so dass sie diejenigen gegen sich gelten lassen müssen, die von der Tatsache an sich noch keine Kenntnis hatten, noch sie kennen mussten [2]).

Diese Wirkungen der Eintragung und Publikation beziehen sich nur auf Dritte, ausserhalb der Gesellschaft stehende. Gesellschaftern gegenüber ist nicht dieser Vorgang entscheidend, der eine Sicherheitsgewähr für die nicht eingeweihte Allgemeinheit sein soll, nach innen ist lediglich die Einfügung des Geschäftsführers als Organ für seine Legitimation, also die Bestellung, maßgebend. Logischerweise muss jedoch dem Gesellschafter, der noch mit der G.m.b.H. selbständige Rechtsbeziehungen unterhält, das Prinzip der Offenkundigkeit zu gute kommen, er muss als Dritter gelten, da seine hierbei in Frage kommenden

1) Vgl. Staub § 54 Anm. 17, 19 S. 323, 324.
2) Vgl. Staub § 39 Anm. 9 S. 232; R.G. Bd. 9 S. 31.

Beziehungen individualrechtlicher Art sind[1]). Meist jedoch wird er sich in Kenntnis des Umstandes befinden, so dass § 15 H.G.B. Platz greift.

Nicht immer genügt jedoch die Legitimation der Geschäftsführer durch den tatsächlichen Akt und dessen Bekanntsein dem Dritten zu Gunsten der G. m. b. H. Dies ist der Fall bei Eintragungen, die konstitutive Bedeutung haben.

Wenn z. B. der Gesellschaftsvertrag eine Festsetzung getroffen hat, die nur wieder durch eine Änderung desselben verändert werden kann, so ist diese Veränderung in das Handelsregister einzutragen. Vor der Eintragung ist der darauf abzielende Beschluss ohne rechtliche Wirkung, § 54 Abs. 3, sowohl nach innen wie nach aussen[2]). Ist z. B. der Beschluss gefasst, zwei kollektivbefugte Geschäftsführer durch einen einzigen zu ersetzen, so endigt die Funktion der beiden erst mit dem Moment der Eintragung, wo andererseits die des neuen beginnt. Der mit der Gesellschaft verhandelnde Dritte hat daher in diesem Falle das Statut zu prüfen und nur sich an den zu halten, der nach der publica fides zur Willenserklärung berechtigt ist.

Wenn nun aber hier die Eintragung eines an sich formell ungültigen Beschlusses stattgehabt hat, so ist, abgesehen von dem oben gestreiften Falle, unbedingt der publica fides die höhere Bedeutung beizumessen. Dies ergibt sich gerade aus der konstitutiven Bedeutung der Eintragung[3]).

Der hier beschriebene Ausweis der vollgültigen Vertreterbefugnis erstreckt auch seine Wirkungen auf die Zweigniederlassungen, d. h. solche, über die ein anderes als das Registergericht des Hauptsitzes zu-

1) Vgl. Gierke S. 704; Staub § 39 Anm. 9 ff.
2) Vgl. Staub § 54 Anm. 7, 8 S. 320.
3) Vgl. Staub § 54 Anm. 11, 17; R.G. Bd. 26 S. 68 f.

ständig ist. Dort ist gemäss § 13 H.G.B. dasselbe wie bei der Hauptniederlassung zur Eintragung zu bringen. Bemerkt sei hierbei, dass die Bestellung eines besonderen Geschäftsführers für die Zweigniederlassung nicht zulässig ist[1]). Seine Beschränkung auf die Vertretung dieser Niederlassung wäre lediglich interner Natur, nach aussen würde sie gemäss § 37 Abs. 2 völlig geltungslos bleiben.

Die Prüfung der Vertretungsberechtigung der Geschäftsführer an sich führt zur Erörterung der Erfordernisse, unter denen Geschäftsführer als Organe der Gesellschaft Willenserklärungen abgeben. Wie wird dem Dritten zunächst erkennbar, dass er in der Person der materiell vollberechtigten Geschäftsführer mit der G.m.b.H. zu tun habe?

Für diese Frage bleiben die Grundsätze des B.G.B. von der Vertretung maßgebend. Ihre Anwendung auf unsern Fall bietet keine Besonderheiten. Trotzdem hat der Gesetzgeber hierfür die parallelen Vorschriften gegeben, welche bei der subsidiären Anwendung des jüngeren B.G.B. eigentlich überflüssig geworden sind[2]). Die Technik des B.G.B. unterscheidet zwischen einer vom Vertreter abzugebenden — Abs. 1 — und entgegenzunehmenden Willenserklärung — Abs. 3 § 164 —, während unser Gesetz kurz von Rechtsgeschäften spricht. Dort wird der Grundsatz der unmittelbaren Stellvertretung in ausdrücklicher und konkludenter Form doppelt, hier dagegen nur einmal statuiert. Zu bemerken ist hierbei jedoch, dass unser Gesetz eine den Parallelismus des Abs. 1 und 3 § 164 B.G.B. durchbrechende Ausnahme zur Erleichterung für die Erklärungsentgegennahme in § 35 Abs. 2 festgesetzt hat.

1) Vgl. Staub § 12 Anm. 11 S. 89, § 37 Anm. 7 S. 226.

2) § 36 des Ges. annähernd im Wortlaut übereinstimmend mit § 164 B.G.B.

Die Gesellschaft wird durch die in ihrem Namen von den Geschäftsführern vorgenommenen Rechtsgeschäfte verpflichtet und berechtigt. Anerkannt wird neben der ausdrücklichen Willenserklärung, die durch konkludente Handlung, aus deren Sinn und den obwaltenden Umständen sich ergibt, dass sie für die Gesellschaft erfolgt sein solle. Wenn z. B. mehrere Geschäftsführer oder in Gemeinschaft mit Prokuristen, offenkundig, also in der vorgeschriebenen Zusammensetzung, einen Vertrag schliessen, so ist daraus ihr Wille, die G.m.b.H. zu verbinden, unzweifelhaft erkennbar. Oder wenn andererseits der einzige Geschäftsführer ebenfalls ohne Betonung der Vertretung einen Darlehnsvertrag abschliesst unter Vereinbarung von kaufmännischen Zinsen, so kann sich sein Abschluss nur als Vertretung darstellen, da er selbst kein Kaufmann ist. Wenn andererseits ein nur kollektiv vertretungsberechtigter Geschäftsführer allein eine Willenserklärung abgibt, so muss daraus sein persönlicher Geschäftswille entnommen werden, wenn nicht zwischen ihm und dem Kontrahenten bereits es zum Brauch geworden wäre, dass bei Abschlüssen von z. B. gewisser Geringfügigkeit nicht erst die strikte Form der Vertretung in Anspruch genommen würde. Mangels Vervollständigung der Erklärung durch die Mitberechtigten wäre also der Geschäftsführer nur persönlich verhaftet [1]).

Wenn allerdings der Geschäftsführer, der nebenbei noch selbständiger Geschäftsmann ist, für die G.m.b.H. eine Erklärung abgeben will, so muss er seinen Vertretungswillen erkennbar hervorheben, da sonst der Mangel des Willens im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht käme [2]). Beweispflichtig

1) Vgl. Staub § 36 Anm. 3 S. 221; R.G. Bd. 2 S. 166.
2) § 164 Abs. 2 B.G.B.

dafür, dass die Willenserklärung namens der Gesellschaft abgegeben wurde, ist derjenige, welcher darauf seinen Anspruch stützt [1]). Der Richter wird dann bei konkludenter Handlung zumeist zu prüfen haben, inwieweit die Umstände einen Vertretungswillen rechtfertigen.

Die Form der Erklärungen der Geschäftsführer, ob schriftlich oder mündlich, richtet sich lediglich nach dem vorzunehmenden Rechtsgeschäft. Eine statutarische Festsetzung der Form, z. B. der Schriftlichkeit, ist unstatthaft und wäre mit der unbeschränkbaren Vertretungsbefugnis und der Verkehrsfreiheit unvereinbar.

Um für den schriftlichen Verkehr, insbesondere für Formalakte eine allgemeine Regel zu schaffen, hat das Gesetz über die Zeichnung Festsetzungen getroffen in § 35 Abs. 3 des Ges., nämlich, dass die Geschäftsführer mit der Firma und der Namensunterschrift zusätzlich zeichnen.

Das Recht der Zeichnung ist gleichbedeutend mit dem der Vertretung.

Es fragt sich nun, ob dies als Ordnungs- oder als Gültigkeitsvorschrift auszulegen sei. Unzweifelhaft ist die erstere Auffassung die richtige, da der § 36 trotz des formalen schriftlichen Mangels die Rechtsverbindlichkeit schafft, wenn sich aus den Umständen der Handlungswille ergibt [2]). Abweichungen von der beschriebenen Form sind unerheblich, ebenso der Wortlaut, wesentlich ist nur die Ersichtlichkeit des Willens der unterzeichneten Person, für die bestimmte G. m. b. H. zu signieren.

Die Beziehung der Firma zum Rechtsgeschäft wird

1) Vgl. Staub § 36 Anm. 4 S. 221.
2) Vgl. R.G. Bd. 24 S. 27; Parisius-Crüger S. 144.

ebenfalls ersichtlich, wenn die Firma in Druck oder in Stempel angegeben wird und der handschriftliche Name hinzugefügt wird. Dass die Namensunterschrift jedoch ebenfalls in Faksimile gestempelt wird, ist m. E. nicht mehr als gültig anzusehen und zwar ebenso wenig, wie wenn die Firma ohne Zeichnung des Namens überhaupt unterstempelt wäre. In diesem Falle ist die Vorschrift der „Zeichnung“ umgangen, so dass die Identitätsfeststellung des Willensurhebers mit dem Willensberechtigten, für die die Aufbewahrung der Zeichnung vor Gericht vorgesehen ist, unmöglich wird [1]).

Die Beweiskraft einer solchen Urkunde ist demnach sehr zweifelhaft und gerade um aus derartigen Inkorrektheiten der Zeichnung sich folgernden Schwierigkeiten vorzubeugen, dient die beschriebene Ordnungsvorschrift. Abgestreift jedoch wird dieser Charakter bei Akten, wo eine unzweideutige Zeichnung striktes Erfordernis ist und wo aus den geringsten Unstimmigkeiten Rechtsnachteile entspringen, z. B. im Wechselrecht [2]), hier muss auch die Firma der Gesellschaft unterschriftlich geschrieben sein, wie die Namen der Unterzeichnenden; jedoch auch hier ist dies nur Ordnungsvorschrift und die Gültigkeit kann einer anderen Zeichnung nicht versagt sein [3]).

§ 9.

Umfang und Wirkung der Vertretung.

Die Frage nach der Äusserung der körperschaftlichen Lebensbetätigung, nach ihren Grenzen beantwortet sich nach dem Individualrecht. Der Komplex

1) Vgl. Staub § 35 Anm. 29 S. 213; R.G. Bd. 50 S. 59.
2) Vgl. Staub § 35 Anm. 29 S. 213.
3) Vgl. R.G.E. Bd. 50 S. 60.

der äusseren Beziehungen der Gesellschaft ist demnach der eigenen Gestaltungsfähigkeit entzogen, während nach innen ein verhältnismässig freieres Selbstbestimmungsrecht verbleibt. Die Körperschaft hat sonach die Vorgänge innerer Willensbildung und Lebensgestaltung zum grössten Teile in der Hand, während die Wechselbeziehungen des äusseren Verkehrs den Normen des auch sie als Person umfassenden Rechtssystems unterliegen.

Die Betätigung in dieser Sphäre individualrechtlicher Gleichstellung macht es nun zur Voraussetzung der körperschaftlichen Äusserung, dass diese unter denselben Bedingungen wie die der Individualrechtssubjekte vor sich gehe. Da nun physische Personen als Organe diesen Verkehr vermitteln, so ergibt sich die Notwendigkeit, dass diese, obwohl Träger eines Gesamtwillens, diesen nach aussen ausführen mit derselben weitgehenden Betätigungsfreiheit wie der Einzelmensch, mit der Wirkung, dass das hinter ihnen stehende corpus durch ihr unbeschränktes und unbeschränkbares Handeln gänzlich gebunden wird, wie ein Individuum durch seine eigene Erklärung.

Während jedoch nun bei diesem zwischen „Willensbildung“ und „Ausführung“ keine Diskrepanz entstehen kann, ist dies bei einem eine Mehrheit von physischen Personen umfassenden Organismus natürlich und denkbar. Die Interessen der Gemeinpersonen machen es daher zur Notwendigkeit, das Vertretungsorgan durch straffen Konnex mit dem Beschlussorgan zu verbinden, um möglichste Einheitlichkeit von Wille und Ausführung zu erzielen und tunlichst eine Nichtübereinstimmung und deren Folgen für die Aussenwelt auszuschliessen.

Diesem Grundsatz genügt unser Gesetz in § 37 in der Fixierung der nach aussen unbeschränkten und

unbeschränkbaren Vertretungsmacht, nach innen aber in der Bindung der Geschäftsführer an das Statut, an den Willen des höchsten oder eines übergeordneten Beschlussorganes.

Zunächst hat gegen dritte Personen eine Beschränkung der Befugnis der Geschäftsführer, die Gesellschaft zu vertreten, keine rechtliche Wirkung. Dadurch wird dem Geschäftsführer eine alle Arten von Geschäften und Rechtshandlungen umfassende Aktionsfreiheit gleich der z. B. des offenen Handelsgesellschafters eingeräumt.

Diese Bestimmungen macht der Schutz des Dritten notwendig gegenüber der wirtschaftlichen Macht der Verbandspersonen derart, dass dem Vertreter dieser nicht Kautelen zur Seite stehen, die das Rechtsgeschäft zu seinem, des Dritten Ungunsten, verändern oder gar zunichte machen könnten, so dass er beim Kontrahieren mit einer G.m.b.H. schlechter gestellt wäre als im Verkehr mit seinesgleichen.

Hierbei wirft sich die Frage auf, wer als Dritter der G.m.b.H. gegenüber aufzufassen ist? Dritter ist jeder, dem gegenüber eine Rechtshandlung vorgenommen wird, die nicht die interne Beziehung des Organs zum Organismus, des Mitglieds zur Gesamtperson, mithin nicht das Verhältnis des Sozialrechts zur Grundlage hat.

Dritter kann sonach auch ein Gesellschafter, ein Organ, ja der Geschäftsführer selbst sein, sobald das Rechtsgeschäft individualrechtlicher Natur ist[1]). Erstreckt sich nun die Unbeschränktheit der Vertretungsmacht auch gegenüber solchen, welche wissen, welche internen Beschränkungen den Geschäftsführern auf-

---

1) Vgl. Staub § 37 Anm. 10 S. 227; Birkenbihl S. 200; R.G. Bd. 24 S. 59; Liebmann § 37 Nr. 6 S. 102; Gierke S. 704; R.G. Bd. 4 S. 73.

erlegt sind? Auch sie kontrahieren in gültiger Weise, trotzdem sie wissen, dass der Geschäftsführer seine innere Befugnis überschreitet. Ihnen gewährt das Schutzrecht des Dritten solange volle Rechtsgültigkeit ihrer Abmachungen, als beiderseits kein böser Glaube vorhanden ist[1]). Denn es braucht ja im einzelnen Falle nicht ausgeschlossen sein und kann erwartet werden, dass die Diskrepanz zwischen äusserer und innerer Vertretungsbefugnis durch eine nachträgliche Genehmigung ausgeglichen wird.

Die Geschäftsführer sind ferner überhaupt als Dritte zu betrachten, sobald ihre Organ- und Vertreterqualität aufgehört hat, also von dem Zeitpunkte ab, wo sie beispielsweise durch schlechte Geschäftsführung ihre Entlassung herbeigeführt haben.

Über die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens der Geschäftsführer ist bereits an anderer Stelle geredet worden. Der Abschluss eines Rechtsgeschäftes wird unzweifelhaft dann nicht gestattet sein, wenn der Geschäftsführer in Abwägung der beiderseitigen Interessen den seinen gegen Treu und Glauben den Vorzug gegeben, und die des vertretenen corpus hinter diese zurückgesetzt hat[2]).

Durch die Handlungen der Geschäftsführer wird die Gesellschaft voll und ganz verpflichtet. Eine vom Geschäftsführer z. B. vorgenommene Auflassung von Grundstücken der Gesellschaft, die gegen seine innere Befugnis verstösst, ist rechtsgültig. Der Dritte wird mit der Eintragung Eigentümer. Der Gesellschaft hat das Prinzip der nach aussen hin unbeschränkten Vertretungsmacht ihres Geschäftsführers ein Grundstück gekostet.

1) Vgl. Liebmann § 37 Anm. 3 S. 101; Merzbacher S. 92; R.G. Bd. 9 S. 148.

2) Vgl. Staub § 37 Anm. 10 S. 227.

Die Unbeschränktbarkeit zu Gunsten des Dritten enthält eine grosse Härte gegen die Gesellschaft, zu deren Ausgleich daher in der inneren Organisation ein Äquivalent erforderlich ist. Für dieses bildet die Grundlage die Bestimmung, die die Geschäftsführer der G. m. b. H. gegenüber verpflichtet, die Beschränkung einzuhalten, die für den Umfang, die Gesellschaft zu vertreten, durch den Gesellschaftsvertrag oder, soweit dieser nicht ein anderes bestimmt, durch die Beschlüsse der Gesellschaft festgesetzt sind. § 37 Abs. 1 des Ges.

Es ist damit der G. m. b. H. die Möglichkeit gegeben, auf autonomen Wege sowohl Präventiv- wie Repressivmaßregeln zur Abwendung ihrer Schädigung vorzusehen. Ein direktes Mittel jedoch, auf Grund der Übertretung der inneren Befugnis den früheren Zustand wieder herzustellen, steht ihr nicht zu Gebote.

Diese internen Sicherungsmaßregeln sind sehr mannigfacher Natur. Die Gesellschaft kann durch Verteilung der Vertretungsbefugnis auf mehrere Köpfe, durch Vereinbarung von Konventionalstrafen im Fall der Überschreitung sich sichern [1]), andererseits steht ihr in der Haftungspflicht der Geschäftsführer ein Ersatz des verlorenen Wertes, freilich nicht des Gegenstandes an sich, in Aussicht, der jedoch auch dann unsicher ist, wenn der Geschäftsführer unvermögend ist. Auch die Widerruflichkeit der Bestellung, sie sei nicht normiert, also völlig frei, § 38 Abs. 1, oder

1) Vgl. Bauer S. 307, 308; Staub § 20 Anm. 15 S. 150. Die Stipulierung einer Vertragsstrafe ist hier gegenüber den nicht erfüllenden Gesellschaftern erwähnt. In gleicher Weise ist eine solche gegenüber den Geschäftsführern denkbar. Eine unverhältnismässig hohe Vertragsstrafe unterliegt richterlicher Herabsetzung — § 343 B.G.B. — § 348 H.G.B. ist nicht anwendbar — vgl. Staub § 21 Anm. 16 S. 150. — Eine Konventionalstrafe schliesst den Schadensersatzanspruch nebenher aus, da erstere schon an sich eine vertragsmässig vorher fixierte Schadensersatzforderung darstellt.

auf den Fall beschränkt, dass wichtige Gründe, als welche Verstösse gegen die innere Organisation anzusehen sind, § 38 Abs. 2, ist kein allzu wirksamer Schutz der G. m. b. H. gegen den unbotmässigen Geschäftsführer. Die freie Handlungsfähigkeit des Geschäftsführers ist demnach unbedingt als eine Konzession an die Verkehrssicherheit der Allgemeinheit auf Rechnung der G. m. b. H. anzusehen.

Die Willensfähigkeit der Gesellschaft führt dazu, ihr auch ein einheitliches Gemeinbewusstsein beizulegen. Die Identifizierung des Organismus mit ihrem äusseren Willensträger, dessen Erklärungen voll und ganz die Gesellschaft treffen, macht es notwendig, auch Wissens- und Glaubensmomente des Geschäftsführers zu solchen der Gesamtperson zu erheben[1]). Die mala und bona fides der Geschäftsführer ist daher ausschlaggebend für die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft. Das Kennen und Kennenmüssen der Geschäftsführer ist identisch mit dem der Gesamtperson. Die G. m. b. H. kann ein Rechtsgeschäft anfechten, bei dem sich ihr Vertretungsorgan im Irrtum befunden hat, oder zu dem es gezwungen oder durch arglistige Täuschung bestimmt worden ist, §§ 119 und 123 B.G.B. Die Schuld bei Abschluss eines Geschäfts, das Unterlassen oder die Nichtrechtzeitigkeit einer Willenserklärung der Geschäftsführer, kurz alle Rechtsfolgen persönlichen Wissens und Wollens der Vertretungspersonen, wirken für und gegen die juristische Person der G. m. b. H.

Die Haftung der Gesellschaft ist hiernach eine unbedingte, soweit es sich um Betätigung des Vertreters innerhalb der der Körperschaft eingeräumten Rechtsfreiheit handelt.

1) Vgl. Gierke S. 627 ff.

Es fragt sich nun weiter, inwieweit ein schuldhaftes Überschreiten dieser Grenzen durch den Geschäftsführer Wirkung gegen die Gesellschaft übt.

Den einmal beschrittenen Weg in der Zurechnung der Vertreterhandlung für den Vertretenen weiter verfolgend, muss man mit Einräumung einer unbeschränkten Willensfreiheit auch die Möglichkeit rechtswidrigen Tuens und Wollens anerkennen. Es ist nun Erfordernis der Lebensbedürfnisse und Gerechtigkeit, nicht nach dem altrömischen Grundsatze, eine Gemeinschaft könnte nicht delinquieren, die juristische Person der Verantwortlichkeit gegen die Rechtsordnung zu entbinden, sondern sie gleichfalls für die Folgen eines derartigen Vorgehens ihrer Organe haftbar zu machen, so lange die fragliche Handlung in dem Kreis ihrer Organssphäre begangen ist. An Stelle des delinquierenden individualrechtlichen Stellvertreters tritt, sobald sie sich als Organ mit derartiger Repräsentationsmacht zeigt, die organisierte Gemeinperson, die, wie in ihren rechtmässigen Betätigungsformen auch in der Abirrung ihres Willensapparates in Erscheinung tritt und dafür zu büssen hat, als wie für eigenes Verschulden [1]).

Es fragt sich nun, wie weit der Geschäftsführer Handlung Bedeutung gewinnt, ob sie bloss civilrechtliche Verpflichtungen der G.m.b.H. schafft oder ob sich auch kriminelle Konsequenzen für die juristische Person daraus ziehen lassen.

Hinsichtlich der civilrechtlichen Folgen unerlaubter Handlungen geht die Verpflichtung der G.m.b.H. so weit, als irgend eine Handlung mit civilen Folgen innerhalb ihres Aktionsbereichs denkbar ist. So muss die G.m.b.H. den Schaden ausgleichen, den der Geschäftsführer in Ausübung seiner Funktion angerichtet

---

1) Gierke S. 753 ff.

hat, §§ 278 und 31 B.G.B., dessen Ersatz ihr nunmehr obliegt, z. B. im Falle einer vom Geschäftsführer abgegebenen, nach § 118 B.G.B. nichtigen oder nach §§ 119, 120 angefochtenen Erklärung, § 122, im Fall des Notstandshandelns, §§ 228, 904, schliesslich in den Fällen der §§ 823 ff. B.G.B.[1]).

Die Anerkennung, dass der G.m.b.H. eine Verpflichtung aus unerlaubten Handlungen ihrer Geschäftsführer in der eben geschilderten Art erwächst, legt die Frage nach der Grenze nahe, nach der die deliktische Handlung nicht mehr der Gesellschaft, sondern den Geschäftsführern direkt zur Last fällt. Die Entscheidung der Deliktsfähigkeit der juristischen Person gibt noch keine Auskunft, ob und wieweit auch die unerlaubten Handlungen, die strafrechtlich in Betracht kommen, der Gesellschaft zuzurechnen seien.

Das Wesen des Strafrechts, durch ein moralisch deprimierendes Unwerturteil bessernd zu wirken, setzt Individuen voraus, die Recht und Unrecht mit Hülfe eines sittlichen Urteilsvermögens gegeneinander abwägen. Strafbar in diesem Sinne können daher nicht juristische Personen, sondern nur physische Personen sein, die Vertreter der Gemeinperson, die die gegen die Rechtsordnung verstossende Handlung getätigt, oder die etwas Pflichtgemässes unterlassen haben, einerlei, ob unselbstsüchtige Zwecke, der Gesellschaft zu nützen, dabei Triebfeder gewesen sind[2]), vorausgesetzt, dass in ihren Personen und ihrem Tun der deliktische Tatbestand sich verwirklicht hat.

Steht jedoch die Begehung des Delikts in kausalem Zusammenhang mit den Interessen der Gesellschaft

1) Vgl. R.G. Bd. 45 S. 169; 31 S. 249; 39 S. 187; 47 S. 243; 47 S. 329; 10 S. 301; 15 S. 121 f.; 17 S. 93; 18 S. 120 f.

2) Vgl. Staub § 36 Anm. 10 S. 222; § 13 Anm. 5 S. 95; R.G. i. Str.S. Bd. 34 S. 378; 16 S. 123 f.; 15 S. 170; 9 S. 2; 5 S. 182.

derart, dass der erlangte Vorteil dieser zufiele, so könnte die Untersuchung eine Beteiligung einzelner Gesellschafter oder schliesslich sämtlicher Glieder des Organismus ergeben. Sie wären dann neben den Geschäftsführern nach dem Maß ihrer Beteiligung als Anstifter, Teilnehmer, Gehülfen oder Hehler zur Rechenschaft zu ziehen.

Hat sich aus der Handlung eine Bereicherung des Gesellschaftsvermögens ergeben, so hat die G. m. b. H. jedoch für den entstandenen Schaden civilrechtlich aufzukommen, was durchaus nicht mit dem Ausschluss ihrer kriminellen Haftbarkeit in Widerspruch gerät [1]).

Als Argument einer selbständigen Deliktsfähigkeit der G. m. b. H. könnte angeführt werden, dass sie gemäss § 62 des Ges. im Verwaltungswege aufgelöst werden kann, wenn sie das Gemeinwohl dadurch gefährdet, dass die Gesellschaft gesetzwidrige Beschlüsse fassen oder gesetzwidrige Handlungen der Geschäftsführer wissentlich geschehen lassen. Da die Auflösung erfolgt, um eine Fortsetzung der Gesetzwidrigkeit und eine Schädigung des allgemeinen Wohles zu hindern, scheint sie, wenn man der Auffassung ist, dass gestraft wird, ne peccetur, hiernach pönalen Charakter zu tragen. Die Strafe der Auflösung wäre aber jedenfalls eine neben dem Erkenntnis gegen die einzelnen schuldigen Individuen nebenhergehende. Dem Strafanspruch des Staates wäre demnach schon Genüge geleistet, er wäre konsumiert durch Urteil des Strafgerichts gegen die Individualtäter in oben beschriebener Weise, eine weitere Bestrafung wäre schon aus diesem Grundsatze des Strafrechts undenkbar.

Die Auflösung kann demnach nur Verwaltungsakt sein und zwar Präventivmaßregel. Dies erhellt schon

---

1) Vgl. Staub § 13 Anm. 5 S. 95; R.G. i. Str.S. Bd. 16 S. 123.

daraus, dass die gleiche Maßregel vorgesehen ist für Korporationen, deren Rechtsfähigkeit auf staatlicher Verleihung beruht, bei Verfolgung eines anderen Zweckes als des satzungsgemässen, ohne dass überhaupt ein Strafgesetz verletzt zu sein braucht. § 43 Abs. 4 B.G.B.

Hier wie bei der G.m.b.H. ist der Vorgang der gleiche, eine strafrechtliche Busse der G.m.b.H. für die Delikte derselben, begangen durch die Geschäftsführer, liegt mithin nicht vor, so dass man daraus den Schluss ableiten könnte, dass die Vertretungstätigkeit der Geschäftsführer für die G.m.b.H. insofern strafrechtliche Folgen nach sich ziehen könnte.

§ 10.

Die gerichtliche Vertretung der Gesellschaft durch die Geschäftsführer.

Das Gesetz umschreibt den Umfang der Vertretungsbefugnis in § 35 mit den Worten: „Die Gesellschaft wird durch die Geschäftsführer gerichtlich und aussergerichtlich vertreten.“ Sie haben darnach, wenn dies wie in anderen Gesetzen auch nicht besonders hervorgehoben ist, die Stellung eines gesetzlichen Vertreters, sie sind das ausschliesslich und nach aussen unbeschränkt und unbeschränkbar zur Prozessführung und Vertretung vor Gericht von Gesetzes wegen gegebene Organ[1]) und sind als solche ohne weiteres aktiv und passiv legitimiert gemäss § 51 der C.P.O., soweit nicht das Gesetz für den besonderen Fall ein Ausnahmeprozessorgan berufen hat, z. B. im Falle der Klage gegen den Geschäftsführer selbst.

Die Geschäftsführer können sowohl die Prozess-

1) Vgl. Merzbacher § 35 Nr. 2a S. 86; Förtsch § 35 Nr. 3 S. 95.

führung selbst betreiben wie auch Vollmacht erteilen, können auflassen, Verzichte und Anerkenntnisse aussprechen, Vergleiche schliessen, völlig frei, ohne dass der Prozessgegner eine Einrede aus der internen Befugnisbeschränkung gegen die Gültigkeit der Streithandlung geltend machen kann.

Kommen der oder die Geschäftsführer selbst als Gegner der G.m.b.H. im Prozess in Frage, so ist gemäss § 52 des Ges. in Verbindung mit § 247 H.G.B. der Aufsichtsrat zur Führung des von der Generalversammlung beschlossenen Rechtsstreits ermächtigt. Mangels eines solchen ist im Falle der Unzulänglichkeit der übrigen Vorstandsmitglieder zur Ausfüllung der Lücke ein Prozesspfleger seitens des Amtsgerichts, in dem die Gesellschaft ihren Sitz hat, auf Antrag eines Beteiligten zu bestellen, § 29 B.G.B., 57 C.P.O. Der Antrag kann auch von einem Dritten ausgehen, um im Falle böswilligen Fortbleibens der Geschäftsführer sich in den Stand zu setzen, der Gesellschaft eine Kündigung, eine Mahnung oder anderes gegenüber erklären zu können.

Dieser Weg hat das Interesse des Dritten im Auge, während andererseits der Gesellschaft zur Komplettierung ihres Organs die Schaffung eines Ersatzes durch Gesellschafterbeschluss ermöglicht ist. § 46 Ziff. 8.

Der prozessualen Identifizierung der Geschäftsführer mit der G.m.b.H. entspricht es, dass erstere überhaupt nicht als Zeugen auftreten können[1]). Dass die Geschäftsführer mithin zur Leistung der Parteieide berufen sind, dass ihnen Eide zu und solche von ihnen zurückgeschoben werden können. Ob ein Geschäftsführer, der im konkreten Prozesse nicht die Gesell-

1) Vgl. Staub § 35 Anm. 4; Liebmann Nr. 3 S. 91.

schaft vertritt, auch zum Zeugeneide zugelassen werden darf, ist m. E. zu verneinen, die Praxis erklärt sich ebenfalls in dieser Richtung[1]). Sie rechtfertigt die Zulassung des Parteieides damit, dass es unstatthaft sei, dass ein und dieselbe Person betreffs derselben Tatsachen, über welche ihr ein Parteieid zugeschoben werden könne, zugleich auch als Zeuge vernommen wird. Wäre dies möglich, so wäre der Gesellschaft die Möglichkeit gegeben, überhaupt den Parteieid zu umgehen, indem im Termine die jeweilig auftretenden Geschäftsführer die übrigen, die über die streitige Tatsache den Wahrheits- oder Überzeugungseid leisten können, als Zeugen benennen, so dass schliesslich überhaupt niemand mehr zur Leistung eines Parteieides übrig bliebe[2]).

Weiter ist die Frage zu erörtern, wer von den Geschäftsführern oder ob sämtliche den Parteieid zu leisten haben. Im allgemeinen wird man sagen können, dass, da der Eid eigene Handlungen und Wahrnehmungen betrifft, nur die Geschäftsführer ihn zu leisten haben, in deren Person diese Voraussetzungen vorliegen, die übrigen dagegen würden von ihm entbunden sein.

Sind sämtliche Geschäftsführer zur Leistung des Eides gemäss § 445 der C.P.O. fähig und bereit, so haben sie alle den Eid zu leisten, § 475 C.P.O. Sie werden in dem Eidesleistungsverfahren gleich Streitgenossen nach § 472 C.P.O. behandelt[3]).

---

1) Bauer S. 85.

2) Förtsch § 35 Nr. 3 S. 95 lässt die übrigen Geschäftsführer zum Zeugeneide zu, soweit sie nicht im Prozesse vertreten, und nennt eine Erstreckung auf sämtliche Geschäftsführer im obigen Sinne eine Übertreibung der Identifizierung der juristischen Person mit ihren physischen Repräsentanten. Obige Gründe dürften diese Auffassung als unpraktisch erscheinen lassen.

3) Vgl. Gaupp-Stein § 474 S. 944.

Im Falle der teilweisen Leistung, Nichtleistung oder Verweigerung entscheidet das Gericht nach freier Überzeugung, ob die Behauptung, deren Beweis durch Eideszuschiebung angetreten werden sollte, für wahr zu erachten sei, § 472 Abs. 2 C.P.O. [1]). Das Erfordernis des § 445 C.P.O. macht es wahrscheinlich, dass nicht alle Geschäftsführer, sondern nur die, die tatsächlich die Vertretung ausüben, zum Eide kommen, weniger die, die durch das Statut auf innere Tätigkeit beschränkt sind.

Im Falle des richterlichen Eides kann das Gericht entsprechend dieser ultima ratio als einer dem Ermessen des Gerichts freigegebenen Erkenntnisquelle beliebig dem oder jenem Geschäftsführer oder allen zusammen nach freiem Gutdünken den Eid auferlegen [2]).

Diesem Prinzip im Prozess entspricht es schliesslich, dass der Prozessgegner, der einer G. m. b. H. einen Eid zu- oder zurückschiebt, diesen nicht auf einen bestimmten der Geschäftsführer zu- oder zurückschieben kann, dass er mithin eine bestimmte Person zur Eidesleistung nicht herausgreifen darf. Eine solche Benennung würde mehr den Charakter einer Zeugenherbeiziehung tragen [3]). Er hat vielmehr den Eid sämtlichen Vertretern unter bestimmter Bezeichnung der einzelnen zuzuschieben, soweit dies nicht nach §§ 445, 448 und 473 Abs. 1 C.P.O. sich verbietet, jedoch mit der Maßgabe, des § 474 Satz 2, dass von mehreren schwurpflichtigen, nur die, die den Wahrheits- und Überzeugungseid des § 459 Abs. 1 und 2 C.P.O. leisten können, zu schwören haben, dagegen die, die nur einen solchen nach Abs. 3 dieses Paragraphen zu

---

1) Vgl. Gaupp-Stein § 472 S. 951.
2) §§ 474, 476 C.P.O., vgl. Gaupp-Stein S. 948.
3) Vgl. Gaupp-Stein § 474, 2 S. 944, 945.

leisten im stande wären, durch die Eidesleistung der ersteren befreit werden.

Hiernach kann naturgemäss auch die Eideszuschiebung nur durch sämtliche Vertretungsberechtigte erfolgen.

Mit Aufgabe der Geschäftsführerstellung hört dies Verhältnis natürlich sofort auf, derart, dass eine Nachwirkung des direkten Stellvertreterverhältnisses ausgeschlossen ist, nur die zur Zeit des Prozesses bestellten Geschäftsführer dazu in Frage kommen und die entlassenen dagegen als Zeugen herbeizuziehen sind[1]).

Auch die Zustellung des Civilprozesses erfolgt an die Geschäftsführer als Vertreter der nicht prozessfähigen G. m. b. H. gemäss § 171 C.P.O.[2]). Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so genügt nach Abs. 3 desselben Paragraphs die Zustellung an einen, eine Vorschrift, die der über die einer Gesellschaft gegenüber abzugebenden Willenserklärung parallel gebildet ist[3]).

Eine besondere Schwierigkeit ergibt sich hierbei, wenn im Falle einer Klage des Geschäftsführers gegen die Gesellschaft, ihm, der zugleich gesetzlicher Vertreter der Gegenpartei ist, die Klage zugestellt werden muss. Sind mehrere und einer oder einige nicht im fraglichen Prozess auf beiden Seiten auftretende Geschäftsführer vorhanden, so ist naturgemäss an diese die Zustellung zu bewirken. Mangels solcher, oder wenn überhaupt nur ein Geschäftsführer bestellt ist, gilt die Gesellschaft bei Ausschluss des einzigen als ohne gesetzlichen Vertreter, so dass sich nunmehr die Bestellung eines besonderen Prozessvertreters schon

1) Vgl. Staub § 35 Anm. 4 S. 206.
2) Vgl. Gaupp-Stein § 171, 4 S. 399.
3) Vgl. § 28 B.G.B.; § 35 Abs. 2 des Ges.; § 125 Abs. 2 H.G.B.

aus diesem Grunde zur Entgegennahme der Zustellung allein notwendig macht[1]).

Auch auf dem Gebiete des Strafprozesses liegt den Geschäftsführern eine gleiche Vertretungsberechtigung ob. Im Falle der Beleidigung der Korporation gibt das Gesetz den Geschäftsführern die Befugnis zur Klagerhebung und zur Stellung des Strafantrags[2]).

Auch auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit umfasst die Tätigkeit der vertretungsberufenen Geschäftsführer den Kreis der Wahrnehmungen, soweit dieselben bei einer juristischen Person möglich sind, soweit dieselben nicht begrifflich zum Subjekt nur eine Individualperson haben können. Ausgeschlossen erscheint die Betätigung hiernach auf dem Gebiete des Familien- und Erbrechts. Letzteres ist aber nur bedingt ausgeschlossen, nämlich insoweit nicht, als die G.m.b.H. als Testamentserbin oder als Vermächtnisnehmerin eingesetzt oder mit einer Auflage bedacht ist.

Dass die juristische Person überhaupt erbfähig sein soll, ist zweifellos. In den Protokollen der Kommission für die 2. Lesung des B.G.B. ist die Erbfähigkeit einer juristischen Person anerkannt bei Geltung des Prinzips, die Grundsätze über die physischen Personen auf die juristischen soweit als möglich zu übertragen[3]). Dementsprechend fällt es den Geschäftsführern zu, zu diesem Erbanfall die Stellung der G.m.b.H. zu vertreten, die Erbschaft auszuschlagen, Inventarfrist zu wahren und anderes.

Neben diesen freiwilligen Vertretungsfunktionen haben die Geschäftsführer aber auch noch Vertretungspflichten. Es sind dies in der Hauptsache Melde-

1) Vgl. Bauer S. 86; Staub § 35 Anm. 4 S. 206.

2) Vgl. § 414 Str.P.O., dazu die Berechtigung zum Anschluss als Nebenkläger bei erhobener Widerklage in § 435 Str.G.B.

3) Vgl. Mugdan 5 S. 385, 387.

pflichten gegenüber der staatlichen Autorität, die der Gesellschaft wiederum durch Eintragung die notwendige Form verleiht und die Gewähr für die Tatsächlichkeit des Bestandes der Gesellschaft verbirgt.

Gerade darum, weil sie die Grundlage der Rechtswerdung und Fortentwicklung der G. m. b. H. sind, ist diesen Meldepflichten eine weitgehende Bedeutung beizumessen, und sie sind, soweit das öffentliche Interesse obwaltet, dem Zwang der staatlichen Autorität unterworfen.

Je nach der konstitutiven oder deklaratorischen Kraft der Anmeldung schreibt das Gesetz eine solche entweder durch sämtliche Gesellschafter oder nur durch so viele, als sonst zur Vertretung berufen sind, vor[1]). Hierbei braucht wohl nicht erst auf die mögliche Missdeutung hingewiesen zu werden, dass man etwa, falls z. B. ein Geschäftsführer und ein Prokurist vertreten können, sie auch daraufhin zur Vertretung bei der Anmeldung zulässt. Es sind nur Geschäftsführer zugelassen. Sie sind begrifflich etwas ganz anderes als Prokuristen, als dass deren zum event. Zwecke einer Erleichterung getroffene Mitvertretungsbefugnis auch auf diese gewissermaßen solennen Akte ausgedehnt würde, ganz abgesehen davon, dass das Gesetz in § 78 überhaupt nur von Geschäftsführern spricht. Diese Meldetätigkeit der Geschäftsführer ist eine verschiedene und zwar sind die Unterscheidungen nach dem Zeitpunkt der Anmeldung im gesellschaftlichen Leben zu

1) Vgl. Staub § 78 Anm. 1 S. 414; Liebmann § 78 Nr. 3 S. 190; dagegen Förtsch § 78 Nr. 2 S. 189, wonach einzelne Geschäftsführer zur Anmeldung befugt sind. Letzterem ist gegenüberzuhalten, dass, wo an sich bei gewöhnlichen Willenserklärungen nur kollektiv erklärt werden soll, dies um so mehr bei Akten aufrecht zu erhalten sei, die Wirkung für die publica fides haben. Eine Erleichterung hierfür in seinem Sinne erscheint m. E. unzweckgemäss.

treffen. Die Anmeldungen und Einreichungen sind beim Handelsregister zu bewirken [1]).

Zunächst im Gründungsstadium der G. m. b. H.! Die Gesellschaft gelangt zur rechtlichen Existenz durch Eintragung in das Handelsregister des Gerichts, in dessen Bezirk sie ihren Sitz haben soll [2]). Ein Zwang zur Anmeldung der bisher noch nicht rechtsfähigen G.m.b.H., deren Struktur im Gesellschaftsvertrage für die Aussenwelt noch unverbindlich fixiert ist, besteht nicht. § 79 des Ges., wie überhaupt bei allen Meldepflichten von konstitutiver Bedeutung, da die Eintragung nicht im Interesse des Staates liegt, sondern desjenigen, der dadurch die ohne diese nicht eintretende Rechtswirkung herbeiführen will.

Die Pflicht zu dieser Anmeldung ist eine höchst persönliche, eine Vertretung ausschliessende, da bei dieser Meldung die in § 8 Abs. 2 vorgesehene, eine persönliche Haftung involvierende Versicherung abzugeben ist [3]).

Die Verpflichtung der Geschäftsführer zur Anmeldung ist keine öffentliche dem Staate geschuldete, eine Pflicht der Geschäftsführer dazu besteht sonach nur der bisher noch nicht rechtsfähigen Gesellschaft gegenüber. Sie erstreckt sich nicht allein auf die Vornahme, sondern auf die richtige Bewirkung und zwar auf die objektive Richtigkeit der einzutragenden Tatsachen.

Da nun Voraussetzung der Anmeldung ist, dass jeder von seiner Stammeinlage ein Viertel, mindestens aber den Betrag von 250 Mk. eingezahlt hat, und das Gesetz durch die Worte „darf nur“ dies Erfordernis

1) § 7 Abs. 1 des Ges.; §§ 8—16 H.G.B.

2) Vgl. Staub § 7 Anm. 1 S. 61, Anm. 28 S. 67, § 79 Anm. 1 S. 415, § 10 Anm. 10 S. 79.

3) Vgl. Staub § 7 Anm. 7 S. 62.

zu einem durchaus strengen gestempelt hat, so hat der Geschäftsführer mit der Anmeldung zugleich die Versicherung abzugeben, dass die Voraussetzungen erfüllt seien und wird für die tatsächliche Richtigkeit dieser Angabe verantwortlich gemacht[1]). Über die Folgen einer derartigen Pflichtverletzung soll weiter unten bei Erörterung der Haftung gesprochen werden. Die anfänglich vom Gesetzgeber beabsichtigte Haftung nur für die subjektive Richtigkeit hat nicht die Billigung der Reichstagskommission gefunden, so dass nunmehr die rigorose Verantwortung für die tatsächliche Richtigkeit besteht[2]).

Die Wichtigkeit dieser Anmeldung wird noch dadurch erhöht, dass ihr Urkunden, und zwar der Gesellschaftsvertrag, die Legitimation der Geschäftsführer, die Liste der Gesellschafter mit Angabe des Betrages der Stammeinlage eines jeden einzelnen, sowie die event. erforderliche staatliche Genehmigungsurkunde beizufügen sind, § 8 des Ges. Diese im Verein mit den zu erstattenden Angaben geben dem Registerrichter die Unterlage zur Prüfung der materiellen Voraussetzungen der Konstituierung, auf ihnen baut sich die Rechtsfähigkeit der G.m.b.H. auf. Die Verantwortung macht es daher notwendig, dass sämtliche Geschäftsführer zu dieser Meldung und zur Erstattung dieser Angaben heranzuziehen sind. § 78 des Ges.

Ein bei dieser Anmeldung gemachter versehentlicher Verstoss der Geschäftsführer vermag jedoch nur dann die Entstehung in Frage stellen, wenn die Identität der gewollten Gründung mit der erstatteten Anmeldung nicht mehr erkennbar ist[3]). Um aber auch

1) § 9 Abs. 1, § 7 Abs. 2 des Ges.

2) Vgl. Liebmann § 91 S. 44; Förtsch § 93 S. 37; Staub § 9 Anm. 5 S. 72.

3) Vgl. Staub § 10 Anm. 10 S. 79 f.

dieser Unsicherheit vorzubeugen, fordert der Gesetzgeber die sichere Mitwirkung sämtlicher Geschäftsführer.

Mit der Eintragung ist der Erfolg der Gründung erreicht. Die Veröffentlichung liegt dem Gerichte ob gemäss § 10 und 11 H.G.B. Den gewollten Gründungseffekt hat aber nur eine Eintragung, die der Vorschrift des § 10 entspricht, wonach Firma und Sitz der Gesellschaft Gegenstand des Unternehmens, Tag des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages, die Person der Geschäftsführer und ihre Befugnis zur Vertretung über die Zeitdauer der Gesellschaft und die event. Festsetzungen über nicht in Geld zu leistende Kapitaleinlagen der Gesellschafter, sowie die abweichende Form, in der öffentliche Bekanntmachungen der Gesellschaft erlassen werden, einzutragen sind. Die Veröffentlichung ist kein konstitutiver Akt mehr, sie entspricht nur der durch die Vorschriften des § 15 H.G.B. gebotenen Notwendigkeit und führt zu den darin aufgeführten Folgen, die bereits oben erörtet sind.

Den Anmeldungen bei der Gründung entsprechen die der Änderungen und Neubildungen während des Bestandes der Gesellschaft.

Zunächst haben die Geschäftsführer jede Änderung in den Personen der Geschäftsführer, sowie die Beendigung der Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. § 39 des Ges. Die Anmeldung hat lediglich deklaratorische Bedeutung, die Mitwirkung sämtlicher Geschäftsführer wird deshalb nicht vom Gesetze erfordert, sondern es brauchen bloss soviele Geschäftsführer es zu bewirken, als zur Vertretung berechtigt sind [1]).

---

1) Vgl. S. 82 dieser Abhandl. Fussnote.

Bei Ablösung eines Geschäftsführers durch einen andern kann dieser neubestellte bereits mit anmelden, dagegen der bisherige nicht mehr, da er ja durch seine bereits erfolgte Entlassung seine Organqualität als Vertreter eingebüsst hat. Ist durch die Entlassung das Geschäftsführerorgan nicht mehr vertretungsfähig, so würde eine Anmeldung durch das unvollständige ungültig sein, es bedarf zunächst also der Ergänzung durch Berufung der komplettierenden Geschäftsführer. Diese haben dann ihre Bestellung und zugleich die Entlassung ihrer Vorgänger anzumelden[1]).

Die Fassung des § 39 enthält neben Anmeldung der Änderung in den Personen der Geschäftsführer nur die Beendigung der Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers, nicht aber auch die Abänderung eines solchen. Dass aber auch eine solche anmeldungspflichtig ist, unterliegt keinem Zweifel. Denn wenn das Gesetz von Änderungen in den Personen und von Beendigung der Vertretungsbefugnis redet, so ist dies naturgemäss auch mit dahin auszulegen, dass nicht nur die Endigung der Vertretungsbefugnis, sondern vor allem ihre Ersetzung mit erfasst wird. Das Gegenteil stände im Widerspruch mit der ratio legis, die auch aus der ähnlichen Vorschrift des § 234 H.G.B. erhellt, wonach die publica fides über jeglichen Vertretungsmodus Auskunft zu geben hat.

Da diese Anmeldung im Interesse der Öffentlichkeit, nämlich zum Schutze des mit der Gesellschaft kontrahierenden Dritten besteht, ist ihre Unterlassung mit Ordnungsstrafen bedroht, § 79 des Ges., § 14 H.G.B. Es ergibt sich daraus, dass hier die Anmeldung seitens des Geschäftsführers öffentliche Pflicht ist, während sie im ersten Falle auf nur interner Verpflichtung beruhte.

1) Vgl. Staub § 39 Anm. 2 S. 232.

Die in § 79 angedrohten Strafen sind Ordnungsstrafen und fallen aus dem Rahmen des Strafrechts. Sie dienen zur Erzwingung einer Handlung und treten erst nach vergeblichem Fristablauf in Kraft. Dieser nicht dem Sinne des Strafrechts entsprechende Charakter erhellt schon daraus, dass die Verhandlung im Falle des Einspruchs entgegen der St.P.O. keine öffentliche ist.

Da alle Geschäftsführer gleichmässig zur Vertretung berufen, sind die Strafen von allen, auch wenn nur einige von diesen schon vertretungsberechtigt wären, zusammen verwirkt. Wenn ein allein nicht Vertretungsberechtigter anmeldet, also ohne rechtliche Wirkung, ist naturgemäss die Strafe nur von den übrigen unbotmässigen verwirkt [1]).

Eine Änderung des Gesellschaftsvertrages, § 54 des Ges., welcher Richtung dieselbe auch immer sein mag, beruht jedenfalls auf internem Interesse. Die rechtliche Wirkung der Neugestaltung nach aussen wie nach innen tritt erst mit der Eintragung ein, bis dahin lebt die Gesellschaft nach den bisherigen Grundsätzen [2]). Ein Zwang wird daher in dieser Beziehung auf die Geschäftsführer vom Registerrichter nicht ausgeübt. § 79 des Ges.

Anders jedoch, wenn mehrere Register über die Gesellschaftsverhältnisse Auskunft zu geben haben. Hier liegt es im Interesse der öffentlichen Ordnung, dass die unter dem Schutze der publica fides stehenden Festsetzungen wenigstens untereinander keine Verschiedenheiten und Abweichungen aufweisen. Um eine Übereinstimmung zu erzielen, kann der Registerrichter der Zweigniederlassung die Geschäftsführer zur An-

1) Vgl. §§ 78, 79 des Ges.; §§ 123 ff. des Fr.G.G.; vgl. Bauer S. 395.

2) Vgl. Staub § 54 Anm. 7 S. 320.

meldung zwingen, nachdem die Anmeldung im Hauptregister bereits erfolgt ist. § 79 des Ges., § 14 H.G.B.

Eine Änderung der Statuten kann sehr mannigfach sein und demgemäss den Geschäftsführern sehr abweichende Verpflichtungen auferlegen.

Anzumelden ist zunächst eine Änderung der Firma und eine Verlegung des Sitzes der Gesellschaft.

Bei letzterer Änderung ergeben sich, sobald die Verlegung verschiedene Registerbezirke betrifft, Schwierigkeiten. Einzutragen ist zunächst die Sitzverlegung in das bisherige Handelsregister. Ist dies erfolgt, so wird von einigen daraus bereits schon die Rechtsgültigkeit der Sitzverlegung hergeleitet. Bezüglich der Eintragung in das Handelsregister des neuen Sitzes sind verschiedene Gesichtspunkte beachtlich. Wird angenommen, dass durch die erste Anmeldung bereits die Sitzverlegung perfekt, dass die deklaratorische Wirkung erreicht sei, so liegt kein Grund vor, vom Geschäftsführer die weitere Anmeldung beim neuen Handelsregister zu verlangen, geschweige denn zu erzwingen. Wenn Staub sagt, daraus, dass diese Eintragung im Gesetz nicht vorgesehen sei, sich trotzdem aber ihre Notwendigkeit aus dem Wesen des Handelsregisters folgere, so kann man zu seiner Rechtfertigung das eben besprochene Prinzip, dass durch Zwang eine Übereinstimmung vom Register der Haupt- und Zweigniederlassung anzustreben angängig sei, auch auf diese Frage insofern anwenden, als man sagt, die Einrichtung der Register erfordere auch, dass das, was am letzten Sitze A eingetragen ist, sich mit dem Eintrag am neuen Sitze B völlig deckt. Diese Analogie ist jedoch im Gesetze nicht vorgesehen, nachdem überdies der Zwang zur Eintragung einer Statutenänderung ausgeschlossen ist, da diese des öffentlichen Interesses entbehrt. Dieser Grundsatz steht der oben angeführten

Begründung gegenüber. Staub gesteht die obwaltenden Zweifel auch zu, indem er nach einem Auswege sucht und eine Übersendung der Registerakten vom alten zum neuen Handelsregister für zweckmässig hinstellt. Er stellt sich damit jedoch auf den Standpunkt der lex ferenda, für die am besten die in seinem Sinn angeführte Analogie spricht[1]).

Eine Abänderung des Statuts, anlangend den Gegenstand des Unternehmens, erfordert zur Eintragung, soweit das Unternehmen konzessionspflichtig ist, und die Abänderung sich auf Punkte erstreckt, bezüglich deren die Konzession erteilt worden ist, die Vorlegung der hierzu erteilten behördlichen Genehmigung.

Für die Änderung des Gesellschaftsvertrages, sobald es sich um eine Verschiebung wirtschaftlichen Charakters, insbesondere der Kapitalverhältnisse der Gesellschaft handelt, hat das Gesetz besondere Bestimmungen getroffen, § 55 ff. des Ges.

Die Anmeldepflicht der Abänderung und ihre Wirkung ist die gleiche wie bei Gründung der Gesellschaft. Das Gesetz hat jedoch dieser für die wirtschaftliche Stellung der G.m.b.H. für ihr Verhältnis zu Dritten und für ihren Kredit so wichtigen Verlautbarung durch Zwangsmaßregeln eine besondere Bedeutung eingeräumt und für das Verfahren abweichende Erfordernisse aufgestellt. Auch hier haben sämtliche Geschäftsführer die diesbezüglichen Erklärungen vor dem Registeramte abzugeben, § 78 des Ges.

Zunächst bei Erhöhung des Stammkapitals der Gesellschaft haben die Geschäftsführer diese beim Handelsregister anzumelden, § 57 Abs. 1, nachdem die Kapitalserhöhung durch Übernahme von neuen Stammeinlagen, sei es durch Gesellschafter oder Fremde,

---

1) Vgl. Staub § 3 Anm. 7 S. 36.

gedeckt ist. Der Vorgang entspricht dem bei der Gründung der Gesellschaft, er ist eine Wiederholung desselben und macht dessen Erfordernisse notwendig. Auch hier die Pflicht der Geschäftsführer, die Erhöhung erst nach ihrer Durchführung anzumelden, nachdem ein Viertel der neuübernommenen Stammeinlagen, mindestens aber je 250 Mk. eingezahlt sind und ihre Haftung dafür[1]). Einzureichen haben sie hierbei die gerichtliche oder notariell aufgenommene oder beglaubigte Erklärung der Übernehmer, sowie eine Liste derselben. Letzteres von den anmeldenden Geschäftsführern, also sämtlichen, unterschrieben[2]).

Diese Erfordernisse erklären sich wieder aus der grossen Tragweite der hierauf fussenden Eintragung, durch die die Übernehmer zu Mitgliedern werden und durch die die Stammkapitalsvermehrung nach aussen wirkungsvoll wird, ungeachtet der Richtigkeit der erklärten zu Grunde liegenden Tatsache[3]).

Findet die Übernahme eines Gesellschaftsanteils in der Weise statt, dass der Übernehmer die Einlage nicht in Geld leistet und soll die Vergütung für Vermögensobjekte, die die Gesellschaft übernimmt, auf seine zu übernehmende Stammeinlage angerechnet werden, so muss die Person des Gesellschafters, der Gegenstand der Übernahme, sowie der Geldwert des für die Übernahme in Anrechnung zu bringenden Äquivalents im Erhöhungsbeschluss festgesetzt werden, § 56 des Ges. Der Geldwert dieses Zubringens eines Übernehmers kommt auch in der von den Geschäftsführern gemäss § 57 Abs. 3 Ziffer 2 einzureichenden Liste zum Ausdruck.

1) § 57 Abs. 2, Abs. 4, vgl. § 9 Abs. 1, § 7 Abs. 2, § 8 Abs. 2.
2) § 57 Abs. 3 Ziffer 1 u. 2, vgl. § 8 Abs. 1 und Abs. 3.
3) Vgl. Bauer S. 289 ff.; Staub § 57 Anm. 12 S. 339.

Über die Verantwortlichkeit der Geschäftsführer hierbei soll weiter unten geredet werden.

Fast noch häufiger als die Kapitalserhöhung tritt die Herabsetzung des Stammkapitals einer G.m.b.H. zu Tage.

Zu ihr nimmt man seine Zuflucht zur Vermeidung einer Unterbilanz beim Freiwerden von Kapitalien, deren man bei rationeller Betriebsgestaltung nicht mehr bedarf, ferner bei Rückzahlung im Falle einer aussergewöhnlichen Rentabilität oder bei Amortisation oder Einziehung. Schliesslich auch, um bei zu teurem Erwerb der Aktiva oder bei Rückgang der Konjunktur den Ausfall auszugleichen.

Da jedoch eine Kapitalsherabsetzung die Chancen des Zugriffs der Gläubiger im Falle der Insuffienz oder Insolvenz der G.m.b.H. — § 63 des Ges. — wesentlich verschlechtert, hat das Gesetz zum Schutze derselben Voraussetzungen geschaffen, deren Beobachtung den Geschäftsführern zur Pflicht gemacht wird.

Zunächst haben die Geschäftsführer den Beschluss der Änderung des Gesellschaftsvertrages, der sich auf $^3/_4$ der abgegebenen Stimmen stützen muss — § 53 Abs. 2 des Ges. —, in den in § 30 Abs. 2 des Ges. bezeichneten Blättern zu veröffentlichen. Der Beschluss muss in seinem vollen Inhalt publiziert werden, eine Wiedergabe seines wesentlichen Inhalts genügt nicht, und zwar zu drei verschiedenen Malen in Zwischenräumen [1]). In der Bekanntmachung sind zugleich die Gläubiger der Gesellschaft aufzufordern, sich bei ihr zu melden.

Neben dieser öffentlichen Aufforderung haben die Geschäftsführer jedoch auch noch an die aus den Geschäftsbüchern ersichtlichen oder sonst bekannten

---

1) Vgl. Staub § 58 Anm. 15 S. 348.

Gläubiger eine besondere Aufforderung zu richten. § 58 Abs. 1 Ziff. 1 des Ges. Nachdem die Gläubiger, die der Herabsetzung nicht zugestimmt haben, wegen ihrer Ansprüche befriedigt oder sichergestellt worden sind, haben die sämtlichen Geschäftsführer nach Ablauf eines vollen Jahres nach der dritten öffentlichen Aufforderung an die Gläubiger den Herabsetzungsbeschluss zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. § 58 des Ges. Auch hier besteht kein Zwang zur Anmeldung, wohl aber ein solcher zur Anmeldung zum Zweigregister, nachdem dieselbe bereits im Hauptregister erfolgt ist. §§ 78, 79 des Ges., § 14 H.G.B.

Erfolgt die Eintragung gegen den Widerspruch eines Gläubigers, so besteht sie trotzdem zu Recht. Der Benachteiligte erwirbt jedoch selbst dadurch ein Recht auf Sicherstellung oder ein eventuelles Zurückbehaltungsrecht [1]).

Das gleiche Prinzip des Schutzes der Gläubiger und des Dritten ergibt die Notwendigkeit, den Geschäftsführern bezw. Liquidatoren für den Fall der Auflösung der G.m.b.H. analoge Meldepflichten aufzuerlegen. § 65 des Ges. Die Auflösung der Gesellschaft ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, ausser im Falle des Konkursverfahrens, wo dies von Amtswegen geschieht, § 32 H.G.B. Verpflichtet dazu sind nicht die sämtlichen, sondern die an sich zur Vertretung berechtigten Geschäftsführer. § 78 des Ges., § 14 H.G.B.

Durch die Eintragung der Auflösung hört nicht die Existenz der Gesellschaft auf, wie sie durch den contrarius actus begründet worden war. Die Auflösung ist vielmehr bereits eingetreten, z. B. mit Ablauf der

1) Vgl. Staub § 58 Abs. 9, 10.

im Gesellschaftsvertrag für die Dauer der G. m. b. H. bestimmten Frist, mit der Rechtskraft des Urteils eines Gerichts, der Entscheidung einer Verwaltungsbehörde oder mit der Eröffnung des Konkursverfahrens [1]).

Aus dem Prinzip der Normativbestimmungen folgt, dass nur der Existenzanfang an eine obrigkeitliche beurkundende und prüfende Tätigkeit geknüpft ist, die eine Gewähr für das Zustandekommen bildet. Diese Sicherung, lediglich ein zur Konstitution erforderliches Plus, fällt bei der Auflösung weg. Da das Interesse der Beteiligten hierbei nicht in dem Maße wie bei der Gründung besteht, es aber der Eintragung im Interesse der Rechtssicherheit für Dritte bedarf, zum Nachweise, dass sie nicht mehr mit der juristischen Person, sondern mit der G. m. b. H. in Liquidation kontrahieren, so greift hier auch ein Zwang ein.

In einem Falle jedoch bewirkt doch nicht die Tatsache, sondern erst die Eintragung die Auflösung. Wenn nämlich ein Auflösungsbeschluss ergangen ist, der dem Statut, das eine längere Dauer der Gesellschaft vorgesehen hatte, oder das z. B. die Bestimmung in die Hand eines anderen Organs gelegt hat, diesem zuwiderläuft, so muss notwendigerweise in dem Gesellschafterbeschluss eine Statutenänderung zugleich liegen und er muss den Erfordernissen dieser gerecht geworden sein. § 54 des Ges. Erschwerend kann bei diesem Vorgang noch die Einholung der Zustimmung eines Gesellschafters in Betracht kommen, dessen Sonderrechte dadurch verletzt werden [2]). In diesem Falle sind also die Gesellschafter gehalten, die Beschlussfassung herbeizuführen und das Resultat anzumelden, damit dann erst mit der Eintragung die

1) Vgl. Staub § 56 Anm. 8 S. 371.
2) Vgl. Staub § 65 S. 370 Anm. 7.

Voraussetzung der Endigung und diese zugleich gegeben ist.

Da ein Zwang der Anmeldung bei einer Statutenänderung nicht, wohl aber bei der Auflösung vorhanden ist, so fragt es sich, ob in obigem Falle, wo die Auflösung mit einer Statutenänderung verbunden ist, ein Zwang eingreifen solle. Nach Staubs Ansicht ist dies zu verneinen. Er begründet seine Auffassung mit dem Nichtzwang bei der Statutenänderung. Da jedoch diese erst hier die Grundlage zu der Auflösung geben sollte, sie mithin eine sekundäre Rolle spielt, ist nicht einzusehen, weshalb die dafür vorgesehenen Vorschriften prävalieren sollten. Die Hauptsache, das Gewollte, ist jedenfalls das Aufhören. Der Geschäftsführer wird hiernach gezwungen sein, Statutenänderungsbeschluss und Aufhören zugleich anzumelden.

Zur Durchführung der Liquidation sind nach dem Gesetz die Geschäftsführer berufen; die Statuten oder ein Gesellschafterbeschluss können jedoch diese Funktion auch anderen Personen übertragen. § 66 des Ges.

Die Anmeldung der ersten bestellten Liquidatoren, seien es nun die bisherigen Geschäftsführer selbst oder nach dem Statut oder durch Beschluss Berufene, zur Eintragung in das Handelsregister ist von den bisherigen Geschäftsführern zu bewirken. § 67 des Ges. Diese Obliegenheit der Geschäftsführer enthält eine Abweichung von dem sonst im Gesetz obwaltenden Prinzip. Anzumelden haben sonst die gesetzlichen Vertreter, d. h. die, die im Moment der Meldung vertretungsberechtigt sind. Eine Änderung im Vertreterstande greift jedoch bereits mit dem Beschluss der Gesellschafter oder bei Eintritt des statutarisch vorgesehenen Ereignisses Platz. Es haben also bereits die neubestellten Vertreter, nicht die bisherigen, die Anmeldung zu bewirken. Ebenso ist die Berufung der

Liquidatoren schon mit dem sie bestellenden Beschlusse perfekt. Sie wären demnach die zu ihrer Anmeldung Legitimierten. Die Verpflichtung der Geschäftsführer zur Anmeldung der Liquidatoren erscheint hiernach nicht nur als Durchbrechung dieses Prinzips, sie ist auch geeignet, zu Verwickelungen zu führen. Es erscheint ungerechtfertigt, dem Geschäftsführer, der bereits aus dem Organismus ausgeschieden ist, anzusinnen, noch für die G.m.b.H. tätig zu werden. Es kann vorkommen, dass er sich nach Abbruch seiner Beziehungen dazu nicht mehr herbeilassen will. Eine strikte Aufrechterhaltung der Bestimmung des § 67 kann deshalb zu langwierigen Verzögerungen und zu Zuständen der Rechtsunsicherheit führen. Das Gesetz ist hier augenscheinlich auf den Regelfall gemünzt, wo die Geschäftsführer Liquidatoren werden. Für die Ausnahme ist dem Prinzip zur Ablehnung dieser Anomalie die höhere Kraft beizumessen, es scheint demnach geboten, auch die Liquidatoren zu ihrer Anmeldung berechtigt erscheinen zu lassen[1]).

Eine weitere Verpflichtung zur Vertretung in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit besteht für die Geschäftsführer im Falle der Überschuldung sowie beim Eintreten der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft. Sie sind das einzige und ausschliessliche Organ, das zur Stellung des Antrags auf Eröffnung des Konkurses nicht nur befugt, sondern auch verpflichtet ist und zwar in rigoroser Weise, da das Gesetz eine harte Haftung statuiert. § 64 des Ges. Diese Härte wird nicht ausgeglichen durch die Erleichterung des Vertretungsmodus, den das Gesetz für diesen Fall zulässt. Jedweder Geschäftsführer, selbst wenn er allein nicht vertretungsberechtigt wäre, ist insoweit vertretungs-

1) Vgl. Staub § 67 Anm. 4 S. 376, vgl. mit § 65 Anm. 1 S. 370.

befugt. Diese auf das Konkursverfahren einer Aktiengesellschaft bezogene Vorschrift findet gemäss § 63 des Ges. und § 208 K.O. Anwendung auf die G.m.b.H.

Durch das Konkursverfahren geht die Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer auf den Konkursverwalter über, insoweit es sich um Verfügungen über das Gesellschaftsvermögen handelt. Soweit jedoch vom Gemeinschuldner als solchem selbst vorzunehmende Handlungen auszuführen sind, wie z. B. Leistung des Offenbarungseides, Abschluss von Zwangsvergleichen, bleibt das Vertretungsverhältnis bestehen (vgl. §§ 100 und 125 K.O., Bauer S. 362)[1]).

Schliesslich greift bei Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine G.m.b.H. eine Besonderheit Platz, die den Geschäftsführern analoge Verpflichtungen wie bei der Herabsetzung des Stammkapitals auferlegt.

Während dort die Geschäftsführer vor Eintragung und Ablauf des Sperrjahres verpflichtet sind, die zur Meldung der Gläubiger erforderlichen Schritte zu tun, haben sie hier unverzüglich nach Eintragung der neugegründeten Gesellschaft in das Handelsregister die Gläubiger der aufgelösten Aktiengesellschaft aufzufordern, sich bei der neuen G.m.b.H. zu melden. § 81 des Ges.

Das Prinzip der Schuldübernahme macht diese Anfrage und die Genehmigung der Gesellschaftsgläubiger, die mit dem Wechsel in der Person der Schuldnerin vielleicht nicht einverstanden sind, und die der neuen Gesellschaftsform vielleicht nicht dasselbe Vertrauen entgegenbringen, notwendig. § 81 Abs. 3 des Ges.

Weiter wird den Geschäftsführern die Pflicht auferlegt, den Aktionären durch öffentliche Bekanntmachung die Möglichkeit zu geben, zu der Neugestal-

1) Vgl. Staub § 63 Anm. 11, 12 S. 364.

tung Stellung zu nehmen. § 80 Abs. 3 des Ges. Zur möglichsten Verkürzung des zwischen Auflösung und Neugründung pendenten Rechtszustandes wird das Erfordernis aufgestellt, dass die Geschäftsführer die Neuanmeldung binnen einem Monat nach Auflösung zu erstatten haben. § 80 Abs. 5.

§ 11.

Die Verwaltungsfunktionen der Geschäftsführer.

Die Organfunktionen der Geschäftsführer zur Vertretung der juristischen Person nach aussen sind mit Rücksicht auf den Dritten durch Normen fixiert, die der Gestaltungsfähigkeit der Gesellschaft nicht durchaus und unbedingt in der Möglichkeit statutarischer Regelung unterworfen sind. Weniger geltend macht sich diese Tendenz bei Festsetzung der Tätigkeit, die den Geschäftsführern in der Gestaltung des innern Gesellschaftslebens obliegt, in dem Komplex von Pflichten, die ihnen die Verwaltung auferlegt. Hierbei ist der Gesellschaft für autonome Festsetzungen ein weites Feld gelassen. Ehe ich jedoch auf die verwaltende Tätigkeit der Geschäftsführer an sich eingehe, taucht zunächst die Frage auf, wie es sich bei der Arbeitsteilung mehrerer Geschäftsführer dann verhält, wenn durch diese interne Abmachung diesen Vertretungs-, jenen Verwaltungsfunktionen zugewiesen sind.

Sind zunächst keine diesbezüglichen Bestimmungen getroffen, so sind die einzelnen Geschäftsführer als zu beiden Funktionskreisen gleichartig berufen anzusehen. Wird eine Arbeitsteilung vorgeschrieben, so sind die Geschäftsführer nach innen daran gebunden, nach aussen jedoch überhaupt nicht, da dem Dritten nach den oben dargelegten Grundsätzen des § 37

Abs. 2 gegenüber derartige Funktionsbeschränkungen wirkungslos sind.

Eine Trennung der Funktionen wird sich bei industriellen Betrieben vornehmlich notwendig machen, und zwar derart, dass technische und kaufmännische Geschäftsführer bestellt werden. Diese Differenzierung, die zwischen beiden Gebieten abzugrenzen scheint, deckt sich jedoch nicht unbedingt mit der Trennung von Vertretung und Verwaltung, so dass dem technischen die Verwaltung, dem letzteren als Verkäufer der Verkehr mit der Aussenwelt obläge. Wenn auch beim Betriebsleiter die verwaltende Tätigkeit überwiegen mag, wie andererseits beim kaufmännischen Direktor die vertretende, so stimmt eine derartige Arbeitsteilung doch nicht begrifflich mit der juristischen überein.

Worauf gründet sich nun der Beruf der Geschäftsführer zur Verwaltung?

Das Gesetz redet immer nur von der Vertretungsfunktion, der nach aussen hervorstechenderen Seite der Tätigkeit der Geschäftsführer. Nur deren Bezeichnung und die Überschrift „Geschäftsführung“ deutet den anderen Zweig ihrer Funktion an. Aus dieser Bezeichnung „Geschäftsführer“, die jedoch nicht tatsächlich gebraucht sein muss, ergibt sich mit die Organqualität derselben als ordentliche „Behörde“ zur Wahrnehmung der inneren Interessen, zur Herbeiführung der Vorgänge im Organismus, die nichts mit der Aussenwelt zu tun haben.

Im übrigen umschreiben sich die Funktionen negativ durch den § 46 des Ges., soweit jedoch der Gesellschaftsvertrag keine besonderen Bestimmungen trifft. In diesem wird den Gesellschaftern eine Fülle verschiedenartiger Tätigkeiten zugewiesen. Sie sind hiernach oberstes Willensorgan, das überall anordnend und verfügend eingreifen kann.

Soweit hiernach eine Kompetenz dieses Organs nicht begründet ist, verbleibt der Rest der inneren Lebenstätigkeit der G.m.b.H. anderen Organen, und zwar den Geschäftsführern.

Da das Gesetz jedoch schon diese Festsetzung des § 46 „in Ermangelung besonderer Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags“ gegeben hat, so ergibt sich schon aus dem Wortlaut, dass zumeist eine andere Anordnung statutarisch getroffen wird, die auch von diesen Funktionen eine Anzahl den Geschäftsführern übertragen kann und wird. Das Statut kann hiernach die Befugnisse der Geschäftsführer in ausgedehntester Weise erweitern und beschränken. Es kann den Geschäftsführern individualistischere Befugnisse zuweisen, es kann sie aber auch andererseits zu Exekutivorganen der Gesellschafterversammlung oder des Aufsichtsrates oder anderer Personen herabsetzen. Hiernach würden ihnen die Befolgung der Anweisungen der übergeordneten Behörde zur Pflicht gemacht und dieser ein Recht über die Geschäftsführer gegeben hinsichtlich ihrer Verwaltungstätigkeit, soweit sie nicht unentziehbare Geschäftsführungsakte umfasst, sie von ihrer Tätigkeit insoweit zu suspendieren, eine Maßnahme, die jedoch nicht mit dem Widerrufsrecht ihrer Bestellung, die ihre Geschäftsführereigenschaft überhaupt aufheben würde, zu verwechseln ist[1]).

Ausser dieser Tätigkeit, deren Beschränkung und Erweiterung dem Statut anheimgegeben ist, haben die Geschäftsführer aber auch noch Obliegenheiten, die ihnen vom Gesetz als unentziehbare zugeteilt sind.

Dies sind Funktionen, die im öffentlichen Interesse eines bestimmten Trägers bedürfen, der unbedingt für ihre Durchführung einzustehen hat.

---

1) Vgl. Staub § 35 Anm. 6 S. 206.

Der oben besprochenen Verpflichtung des § 8 Abs. 1 Nr. 3 entspricht für die Verwaltung die des § 40 des Ges.

Hiernach haben die Geschäftsführer alljährlich im Monat Januar eine von ihnen unterschriebene Liste der Gesellschafter, aus welcher Name, Vorname, Stand und Wohnort dieser, sowie ihre Stammeinlagen zu entnehmen sind, aufzustellen, um sie zum Handelsregister einzureichen. Für den Fall, dass seit Einreichung der letzten Liste Veränderungen hinsichtlich der Personen der Gesellschafter und des Umfangs ihrer Beteiligung nicht eingetreten sind, genügt die Einreichung einer entsprechenden Erklärung. Diese Vorschrift trägt rechtspolizeilichen Charakter, sie bezweckt nicht eine Vervollständigung der Registerakten, die der publica fides fähig wäre [1]). Die Liste soll lediglich einen unverbindlichen Anhalt geben. Das Gesetz legt die Pflicht den Geschäftsführern, nicht sämtlichen, also so vielen als zusammen zur Vertretung berechtigt sind, auf. Die Haftung erstreckt sich gegebenenfalls jedoch auf alle. Die Listenführung ist ein Akt innerer Kontrolle, dessen gesetzliche Verlautbarung nach aussen natürlich der Vertretung in vorgeschriebener Zusammensetzung bedarf.

Eine kaufmännische Pflicht mit öffentlich rechtlichem Charakter, die Sorge für die ordnungsmässige Buchführung der Gesellschaft, wird den Geschäftsführern in § 41 des Ges. auferlegt. Die Buchführung ist der Ausweis des ordentlichen Geschäftsganges, auf den sich die Beschlüsse und sonstige Maßnahmen der Gesellschaft aufbauen, sie ist unabweisbar dem Kaufmann, mithin auch der G. m. b. H. als vornehmste

1) Vgl. Staub § 40 Anm. 8, Anm. 1 S. 233, 234.

Standespflicht mit auferlegt. Es finden mithin die Vorschriften des H.G.B. § 38 ff. darauf Anwendung.

Während beim Einzelkaufmann jedoch Privat- und Geschäftsvermögen mit Rücksicht auf die gleiche Verhaftung beider nicht gesondert gebucht wird, und der Kaufmann daher verpflichtet wird, Bücher zu führen, ist die Pflicht hier weniger persönlicher, sondern mehr sozialer, allgemeinerer Natur.

Die Geschäftsbücher sind aber auch der Beweis der Voraussetzungen für die Eröffnung des Konkursverfahrens, nicht bloss im Falle der Überschuldung, sondern auch der Zahlungsunfähigkeit. Ihre Führung ist daher eine Sache äussersten Vertrauens und die Pflicht der Buchführung wird daher zu einer öffentlich rechtlichen. Ihr Ausserachtlassen ist somit mit Strafe belegt. § 83 des Ges., § 239, 240 K.O.

Die Frage, ob bei anderer Anordnung des Gesellschaftsvertrages, derart, dass die Geschäftsführer von dieser Pflicht entbunden und sie einem anderen Organ auferlegt ist, diese strafrechtliche Verantwortung ebenfalls mit auf das andere Organ übergeht, wird von Staub verneint[1]). Über die Strafhaftung soll jedoch an anderer Stelle gesprochen werden. Zu erörtern ist ferner noch die Frage, ob den mehreren Geschäftsführern diese Pflicht gleichmässig obliegt. An sich wird die Buchführung wohl meist einem oder einigen der Geschäftsführer und zwar dem kaufmännischen übertragen werden. Ob darin eine Entbindung der anderen von der Pflicht, kraft des dies statuierenden Gesellschaftsvertrags zu erblicken ist, scheint mir zweifelhaft. In § 9 ist eine solidarische Haftung sämtlicher Geschäftsführer bei Angaben vermögens-

---

1) Vgl. Staub § 41 Anm. 2 S. 235; Hergenhahn S. 94; Merzbacher S. 99; R.G. i. Str.S. Bd. 13 S. 239.

rechtlicher Art gegeben. Eine analoge Erstreckung dieser allgemeinen Pflicht auch auf die Buchführung scheint völlig am Platze, obwohl hier nicht ausdrücklich die Betätigung sämtlicher Geschäftsführer vorgeschrieben ist. Daraus, dass den Geschäftsführern die Buchführung obliegt, ist nicht gesagt, dass sie sie selbst zu besorgen haben, vielmehr, dass sie nur für ihre Richtigkeit und Ordnungsmässigkeit zu sorgen haben [1]).

Die Auffassung, dass die Buchführung sämtlichen Geschäftsführern obliegt, findet eine weitere Stütze darin, dass dem an sich nicht speziell dazu berufenen Geschäftsführer jederzeit die Möglichkeit gegeben ist, sich von der ordentlichen Buchführung zu überzeugen und die entsprechenden korrigierenden Maßnahmen zu ergreifen, dass mithin trotz der Arbeitsteilung er jederzeit seiner Pflicht, die seine Verantwortlichkeit nach sich zieht, genügen kann [2]).

Die Pflicht zur urkundlichen Buchung der kaufmännischen Vorgänge umfasst auch den jährlichen Abschluss. Das Gesetz sagt, die Geschäftsführer müssen in den ersten drei Monaten des Geschäftsjahres die Bilanz für das verflossene Geschäftsjahr nebst einer Gewinn- und Verlustrechnung aufstellen. Zunächst hat der Geschäftsführer die Bilanz gemäss § 42 zu ziehen. Maßgeblich für die Ansetzung des Wertes ist der Zeitpunkt, in dem die Bilanzziehung stattfindet. Zweifelhafte Forderungen sind nach ihrem wahrscheinlichen Werte anzusetzen, uneinbringliche dagegen abzuschreiben. § 40 H.G.B. Anlagen und sonstige Vermögensgegenstände, die zum Betrieb des Unternehmens und nicht zur Weiterveräusserung bestimmt sind, dürfen

1) Vgl. Merzbacher S. 99, 100.
2) Vgl. Hergenhahn S. 93.

höchstens zum Anschaffungs- oder Herstellungspreis angesetzt werden. Sie können ohne Rücksicht auf einen geringeren Wert zu diesem Preise angesetzt werden, sofern ein der Abnutzung gleichkommender Betrag oder ein derselben entsprechender Erneuerungsfonds in Ansatz gebracht ist. Kosten der Organisation und Verwaltung dürfen nicht als Aktiva, das Recht der Gesellschaft dagegen zur Einziehung von Nachschüssen der Gesellschafter ist als Aktivum nur soweit einzustellen, als die Einziehung bereits beschlossen ist. Der Betrag des Stammkapitals ist ebenso wie der eines jeden Reserve- oder Erneuerungsfonds oder der eingezahlten Nachschüsse in die Passiva aufzunehmen [1]).

Da sich aus dieser Bilanz jedoch noch kein Bild der wirtschaftlichen Tätigkeit ergeben kann, fordert das Gesetz daneben noch die Aufstellung einer Gewinn- und Verlustrechnung der wirtschaftlichen Ergebnisse des Vorjahres, die ein Plus oder Minus aufweisen. § 42 Ziff. 5 des Ges.

Die dreimonatliche Frist kann durch Gesellschaftsvertrag bis auf sechs Monate verlängert sein und für Gesellschaften, deren Unternehmen den Betrieb von Geschäften in überseeischem Gebiet zum Gegenstand hat, bis auf neun Monate. Die Geschäftsführer von Gesellschaften, die sich mit Bankgeschäften befassen, haben ausserdem noch die Pflicht, die Bilanz, in den nach § 30 Abs. 2 bestimmten öffentlichen Blättern zu veröffentlichen.

Diese Vorschriften enthalten unentziehbare Pflichten für die Geschäftsführer. Das Gesetz sagt, „sie müssen", sie können mithin nicht davon entbunden, die Pflicht nicht auf andere Organe abgewälzt werden. Ist der Einzelne verhindert, diesen Pflichten nachzukommen,

1) § 38 ff. H.G.B.

so hat er für Vertretung zu sorgen. Nur wenn er ausser stande war, wird er von den Folgen der Pflichtverletzung befreit[1]).

Von dieser Aufstellung der Bilanz ist zu unterscheiden deren Feststellung durch die Gesellschafter, § 46 Nr. 1. Erstere dient zur Verlautbarung des Vermögensstandes und zum Einblick für die Gläubiger, die darauf einen event. Antrag auf Konkurseröffnung gründen, letztere dagegen ist eine interne Angelegenheit zur Regelung der Gewinnverteilung an die Gesellschafter und unterliegt daher ihrer Willkür.

Die oben beschriebene Pflicht zur Publikation der Bilanz bei einer Bank — G. m. b. H. — überbrückt in dieser Beziehung einen Unterschied von der A.G., bei der die erhöhte Begebbarkeit der Gesellschaftsanteile die Möglichkeit der Information aus öffentlichen Blättern notwendig macht.

Wie schon angedeutet, haben die Geschäftsführer die Eröffnung des Konkursverfahrens zu beantragen, sobald die Zahlungsunfähigkeit der G. m. b. H. eintritt oder aus der Jahresbilanz oder einer solchen, die im Laufe des Geschäftsjahres aufgestellt ist, sich Überschuldung ergibt[2]). Diese Pflicht ist schwerwiegend, ihre Nichtachtung zieht für die Geschäftsführer weiter unten zu besprechende Haftungen nach sich.

Das Gesetz sagt zwar auch hier „die" Geschäftsführer, aus dem § 360 des Ges. in Verb. 208 K.O. ergibt sich jedoch, dass auch der einzelne Geschäftsführer zur Stellung des Antrags befugt und legitimiert ist. Dies rechtfertigt sich ferner auch aus der Gegenüberstellung der Verpflichtung, § 64 des Ges., und der Berechtigung, § 63 des Ges., verbunden mit

1) Vgl. Staub § 41 Anm. 2 S. 235.
2) Vgl. v. Liebig S. 32.

§ 208 der K.O. Der einzelne Geschäftsführer hat hiernach auch ein Recht zur Anmeldung des Konkurses, die Pflicht jedoch bleibt für alle gemeinsam bestehen, da Listenführung, Buchführung, Bilanzaufstellung und Konkursanmeldung, Handlungen von höchst wichtiger Bedeutung, zur möglichsten Genauigkeit und Gewissenhaftigkeit die Verpflichtung sämtlicher als zweckmässig erscheinen lassen, wobei schon in der gegenseitigen Kontrolle eine gewisse Sicherheit gewährleistet wird.

Die Berechtigung des Einzelnen zur Konkursanmeldung ist jedoch aus dem Grunde recht und billig, da die Unterlassung einer Anmeldung weitgehende civile und kriminelle Folgen nach sich ziehen kann und es daher dem Einzelnen ermöglicht bleiben muss, diese von sich abzuwenden, ohne dabei an die Mitwirkung anderer gebunden zu sein.

Diese Verpflichtungen der Geschäftsführer sind durchweg als unentziehbare anerkannt. Streitig ist dies bezüglich der Tätigkeit der Geschäftsführer zur Berufung der Versammlung der Gesellschafter, die im § 49 fixiert ist[1]).

Dieser besagt, die Versammlung der Gesellschafter wird durch die Geschäftsführer berufen. Damit ist natürlich auch deren Beruf zur Herbeiführung der Gesellschafterbeschlussfassung auf anderem Wege begründet. Der Regelfall der Beschlussfassung ist jedoch die Versammlung. Die Geschäftsführer haben die Gesellschafter mittels eingeschriebener Briefe dazu einzuladen und zwar mit einer Frist von mindestens einer Woche vor der Versammlung. Dabei ist der Zweck der Versammlung anzukündigen. § 71 Abs. 1 und 2.

Es fragt sich nun weiter, von wie vielen Geschäfts-

---

1) Vgl. Staub § 35 Anm. 6 S. 206; § 59 Anm. 3 S. 292; Begr. S. 100.

führern diese Anregung auszugehen hat. Wenn das Gesetz sagt, durch die Geschäftsführer, so bemerkt Staub dazu, sind damit so viele gemeint, als zur Geschäftsführung ausreichen [1]). Staub will damit augenscheinlich sagen, so viele als zur Vertretung zusammen kollektivberechtigt sind. Er bezieht die Anordnung äusserer Organtätigkeit auch auf die inneren Funktionen. Da das Gesetz darüber nichts sagt, so kann man diese Auffassung mangels statutarischer Bestimmungen sehr wohl acceptieren und den Vertretungsmodus auch auf die Willensäusserungen gegenüber anderen Mitgliedern des Organismus, die ja auch eine „Vertretung" sind, mithin auf die inneren Funktionen zu übertragen. Ausser den ordentlichen Berufungen zur Feststellung der Geschäftsbilanz zur Entlastung der Geschäftsführer u. a., die am Anfang jeden Geschäftsjahres stattfindet, sieht das Gesetz auch noch ausserordentliche Berufungen der Gesellschafterversammlungen vor.

Solche sind notwendig, wenn es das Interesse der Gesellschaft erfordert, d. h. wenn sich der Gesellschaft die Chance einer günstigen Konjunktur, die die Geschäftsführer nicht ohne vorheriges Anhören der Gesellschafter ausnutzen wollen, bietet, oder, und zwar in diesem Falle unverzüglich, wenn aus der Jahresbilanz oder einer im Laufe des Geschäftsjahres aufgestellten Bilanz sich ergibt, dass die Hälfte des Stammkapitals verloren ist. § 49 Abs. 3 des Ges.

Dies Moment der Gefährdung des Gesellschaftsvermögens rechtfertigt es, dieser Berufung die gleiche Bedeutung wie der des § 64 beizumessen, so dass man die Einberufung durch selbst einen einzigen nicht kollektivberechtigten billigen muss. Es gibt in diesem Falle ausserdem die Sicherung des Dritten, der Öffent-

1) Vgl. Staub § 49 Anm. 3 S. 291.

lichkeit, den Ausschlag, um dieses möglichst einfache Mittel der Berufung berechtigt erscheinen zu lassen. Diese Tendenz nach aussen bekundet jedoch weniger der § 49 des Ges. Er ist eine Schutzvorschrift für das Wohl der G. m. b. H., er genügt lediglich einer Anzeigepflicht den Gesellschaftern gegenüber, ohne Rücksicht auf das Interesse der Gesellschaftsgläubiger [1]). Das Prinzip möglichster Vereinfachung bei Gefahr im Verzuge ist jedoch bei beiden vorhanden. Es soll nicht erst der schwerfällige Apparat der sämtlichen Geschäftsführer in Bewegung gesetzt werden.

Da eine Andersgestaltung der Beschlussfassung durch die Gesellschaft, als sie im Gesetz fixiert ist, gemäss § 45 des Ges. eigentlich als Regel hingestellt ist, so fragt es sich, ob auch die Pflicht der Geschäftsführer zur Berufung des Beschlussorgans nach § 49 durch das Statut alteriert werden kann.

Nach § 45 ist die Möglichkeit gegeben, dass die Geschäftsführer durch ein anderes Organ, vielleicht den Aufsichtsrat, in ihrer Einberufungsform geschmälert oder dass ihnen diese überhaupt aus den Händen genommen werden kann. Dagegen sprechen sich manche Schriftsteller aus [2]). Es ist jedoch nicht einzusehen, weshalb der § 45 insoweit durchbrochen, die Autonomie der Gesellschaft beschnitten werden sollte. Selbst im Falle des § 49 scheint es nicht angebracht, durch Herbeiziehung der Verantwortlichkeit aus § 43 des Ges. eine ausschliessliche Pflicht für die Geschäftsführer daraus abzuleiten, dass man dazu diese als Subjekt der Haftung für den Fall der Unterlassung braucht.

---

1) Vgl. Staub § 49 Anm. 18 S. 295.

2) Dafür Staub § 49 Anm. 3 S. 291; Liebmann Anm. 1 S. 134. Dagegen Förtsch § 49 Anm. 1 S. 136.

Eine Verantwortlichkeit über die Grundsätze von Gesellschaftsverträgen hinaus, die den Geschäftsführer ausdrücklich von der Berufung der Versammlung ausschliessen, erscheint naturgemäss ausgeschlossen.

Bestreitet man die Anwendbarkeit des § 45 auf diese Kontroverse, indem man sagt, nur die Rechte, welche den Gesellschaftern zuständen in den Angelegenheiten der Gesellschaft, insbesondere in Bezug auf die Führung der Geschäfte, bestimmen sich nach dem Statut nicht auch die Rechte und Pflichten der Geschäftsführer hinsichtlich ihrer Funktionen zu Herbeiführung der Beschlussfassung durch die Gesellschafter, die öffentlichen Charakters seien, wie in § 49 Abs. 3, so müsste man dem entgegenhalten, dass die Hineintragung des öffentlichen Interesses in Bestimmungen, die nur der Innengestaltung dienen, nicht ausreicht, um die Möglichkeit der Andersgestaltung nach § 45 zu entkräften. Hiernach ist das Recht und die Pflicht des Geschäftsführers auf Berufung der Gesellschafterversammlung als durch den Gesellschaftsvertrag entziehbar anzusehen[1]).

Die Gesellschafterversammlung ist jedoch nicht das einzige Mittel der Beschlussfassung. Der Abhaltung einer Versammlung bedarf es nicht, wenn sämtliche Geschäftsführer schriftlich mit der zu treffenden Bestimmung oder mit der schriftlichen Abgabe der Stimmen sich einverstanden erklärt haben. § 48 Abs. 2 des Ges. Sind die Geschäftsführer zur Herbeiführung eines Beschlusses in der Versammlung berufen, so sind sie naturgemäss auch als die Organe anzusehen, die diese schriftliche Entscheidung herbeizuführen haben. Sie haben demnach entweder die schriftliche Einverständniserklärung sämtlicher Gesell-

1) Vgl. Esser § 49 Anm. 1 S. 89.

schafter herbeizuziehen, was bei einem kleinen Kreis verstreut wohnender Gesellschafter am ratsamsten sein würde, wozu freilich auch wieder die erschwerende Übereinstimmung sämtlicher notwendig wäre, oder sie haben zunächst das schriftliche Einverständnis sämtlicher Gesellschafter herbeizuführen, dass schriftlich abgestimmt werde und dann nach erfolgter allgemeiner Zustimmung die Abstimmung durch schriftliche Stimmzettel in die Wege zu leiten und nach Rückkunft der Antworten nach der Mehrheit den Beschluss festzustellen.

Ob in der Versammlung den Geschäftsführern der Vorsitz zusteht, darüber bestimmt das Gesetz nichts, sondern es überlässt die Bezeichnung eines ständigen Vorsitzenden dem Statut. Schweigt dies darüber auch, so fragt es sich, ob der Vorsitzende aus der Wahl der Versammelten hervorgehen solle oder ob ipso jure der Geschäftsführer oder einer von mehreren, vielleicht der älteste dazu als ausersehen zu betrachten ist[1]). Ausser Frage steht, dass die Eröffnung der Versammlung in der Hand des einberufenden Geschäftsführers liegt. Sind es mehrere, so in der des ältesten. Die erste Tätigkeit in der Versammlung wird dann die Wahl des Vorsitzenden sein, wenn nicht schon durch Gesellschafterbeschluss ein bestimmter Vorsitzender für einen gewissen Zeitraum als gegeben festgesetzt ist[2]).

Dass die Geschäftsführer an die in der Versammlung gefassten Beschlüsse gebunden sind, ergibt sich aus § 37, wonach sie verpflichtet sind, die Beschränkungen einzuhalten, die ihnen durch die Beschlüsse der Gesellschaft auferlegt werden. Ihnen liegt es dann ob, die so gefassten Beschlüsse auszuführen. Sie werden

1) Vgl. Liebmann § 48, 5 S. 133; Lubszynski S. 59.
2) Vgl. Hergenhahn S. 120.

somit zum Exekutivorgan des Gemeinwillens, nicht nur nach aussen, sondern auch bezüglich ihrer weiteren verwaltenden Tätigkeit; sie haben an Stelle der Prinzipale zu fungieren.

§ 12.

Die civilrechtliche Haftung der Geschäftsführer.

Die Vielseitigkeit der Tätigkeit des Geschäftsführers einer G.m.b.H. legt ihm eine weitgehende und mannigfach geartete Verantwortung auf, die gerade durch die Eigenart unserer Gesellschaft eine besondere Gestaltung erfährt. Diese Haftung trägt das Gepräge der Körperschaft, sie enthält zwar die Grundzüge des individualen Obligationenrechts, dieser Bestand ist jedoch durch die sozialrechtlichen Elemente des Verbandsrechts wesentlich umgeformt und zeigt neue Rechtserscheinungen, die die Verfassung und der Charakter unserer Gesellschaftsform ausgeprägt haben. Vornehmlich maßgebend für die Feststellung der Haftung ist demnach die Erkenntnis der durch Gesetz und Statut abgesteckten Grenzen, durch deren Überschreiten und Verletzen die Geschäftsführer, und zwar in dieser ihrer Eigenschaft, kraft deren sie im Gebiete des körperschaftlichen Organismus handeln, die zu beschreibenden Rechtsfolgen auslösen.

Die Haftung der Geschäftsführer lässt sich von verschiedenen Gesichtspunkten aus betrachten, ob civil- oder strafrechtlich, ob der Gesellschaft, den Gesellschaftern oder Dritten gegenüber, schliesslich ob im Stadium der Gründung, des Bestehens oder der Auflösung der Gesellschaft.

Wenden wir uns zunächst der civilrechtlichen Haftung zu und fragen uns, wann und auf Grund welcher Bestimmungen die Geschäftsführer haften.

„Geschäftsführer, welche ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft solidarisch für den entstandenen Schaden.“ § 43 des Ges. Die Sammelbezeichnung Obliegenheit umfasst sämtliche Funktionen der Geschäftsführer als Organe. Der Geschäftsführer verletzt seine Pflicht sowohl, wenn er die ihm vom Gesetz, vom Statut oder durch Gesellschafterbeschluss auferlegten Beschränkungen nicht einhält, wenn er z. B. zu Rechtsgeschäften verschreitet, ohne die dazu ihm statutarisch zur Pflicht gemachte Genehmigung eines anderen Organs eingeholt zu haben, oder wenn er den Weisungen dieses direkt zuwider handelt. In allen Fällen ist die Haftung für den entstandenen Schaden gegeben.

Der Schaden muss existent und nachweisbar sein. Entsteht durch die Zuwiderhandlung kein Schaden, schlägt vielmehr das Unternehmen zum Guten aus, so wird selbstverständlich auch die Verpflichtung zur Haftung gegenstandslos, die Gesellschaft kann jedoch aus dem Vorgehen des Geschäftsführers die Konsequenz ziehen, dass er auch wohl in anderer Lage, aber vielleicht weniger glücklich, so handeln würde und daraufhin seine Bestellung widerrufen — § 38 des Ges. —, falls dies die das Widerrufsrechts einschränkenden im Gesellschaftsvertrage etwa vorhandenen Bestimmungen gestatten.

Nach § 252 B.G.B. umfasst der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn. Diese Vorschrift ist naturgemäss auch hier anwendbar, wenn auch die Feststellung desselben manche Schwierigkeiten bieten mag. Weniger zweifellos ist die Haftung für das lucrum cessans dann, falls es zu einem Handeln überhaupt noch nicht gekommen ist, bei einem Unterlassen, wobei es nachzuweisen wäre, dass darin ein Mangel der pflichtgemässen Sorgfalt gelegen hat.

Wenn z. B. der Geschäftsführer durch lässiges Verhalten einen Auftraggeber dazu gebracht hat, von seinem Auftrag an die Gesellschaft Abstand zu nehmen und ihn anderweit zu vergeben, so würde der Geschäftsführer wohl haftbar sein, da sein Verhalten dem Kunden gegenüber nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes aufgewiesen hätte. Die Beweislast für die Pflichtwidrigkeit und über die Höhe des entstandenen Schadens liegt der Gesellschaft ob; excipendo hat der Geschäftsführer darzutun, dass er seine Pflicht erfüllt habe [1]). Gelingt ihm dieser Beweis nicht, so dringt die Gesellschaft durch, sobald sie die Kausalität des unzweifelhaft dem Betrage nach festgesetzten entgangenen Gewinns mit dem Mangel der prästierten Sorgfalt nachgewiesen hat [2]).

Weniger zweifelhaft und schwierig wird die Beweisführung sein, wenn die Schuld des Geschäftsführers den Rücktritt eines andern von einem bereits abgeschlossenen Vertrage nach § 426 B.G.B. verursacht hat. Sehr zweifelhaft hingegen ist ein Anspruch der Gesellschaft für den Ersatz von Vorteilen, die auszunutzen bei grösserem Bemühen der Geschäftsführer möglich gewesen wäre.

Verstossen die Handlungen der Geschäftsführer gegen das Gesellschaftsstatut oder gegebene Instruktionen, so sind es ohne weiteres vorsätzliche Pflichtverletzungen. Eine Beweisführung des Geschäftsführers, dass er die schädlichen Folgen nicht voraussehen konnte und lediglich das Beste der Gesellschaft im Auge gehabt habe, entschuldigt nicht. Das Bewusstsein, gegen Vorschriften zu handeln, spricht sie der Pflichtverletzung schuldig und macht sie haftbar [3]).

1) Vgl. Staub § 43 Anm. 1—4 S. 256.
2) Vgl. R.G.E. Bd. 13 S. 46; Hergenhahn S. 105, 4.
3) Vgl. Birkenbihl S. 231, 232, 4.

Ebensowenig wird den Geschäftsführern die Entschuldigung nutzen, sie wären sich der Übertretung der betreffenden Vorschriften nicht bewusst gewesen, denn dann hätte sich für sie bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zum mindesten die Pflicht ergeben, sich über die einschlägigen Bestimmungen Gewissheit zu verschaffen. Aus einer falschen Auslegung an sich bestrittener Rechtssätze kann ihnen jedoch kein Vorwurf gemacht werden, zumal in Lagen, wo es eines raschen Handelns bedurfte.

Das Maß der anzuwendenden Sorgfalt ist, insoweit nicht allgemeine Bestimmungen dem entgegenstehen, veränderbar. Der Ausschluss der Haftung für Vorsatz ist jedoch gemäss § 276 Anm. 2 B.G.B. unmöglich. Kann nun hier wie sonst eine Entschuldbarkeit der Fahrlässigkeit Platz greifen? Die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes schliesst Fahrlässigkeit aus. Die Vorschrift bezüglich der zu prästierenden Sorgfalt ist hiernach als zwingend anzusehen, so dass hiernach eine Haftung bei Fahrlässigkeit nicht ausgeschlossen werden kann. Dahin entscheiden sich auch die Motive [1]). Diese Auslegung hat das Interesse der Gemeinperson im Auge.

Auch die Verbindlichmachung der Haftung bei einer Mehrheit von Geschäftsführern zeugt von letzterem Prinzip. § 43 Abs. 2 sagt: „Geschäftsführer, welche ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft solidarisch für den entstandenen Schaden“, d. h. die §§ 421 ff. B.G.B. finden Anwendung. Insbesondere ist maßgeblich § 426 B.G.B. für Ausgleichung der Ansprüche der mehreren solidarisch haftenden Geschäftsführer. Eine Vereinbarung unter sich, dass sie nicht

1) Motive S. 94; vgl. Staub § 43 Anm. 2.

nach gleichen Teilen, sondern im Verhältnis ihres konkurrierenden Verschuldens haften, ist ohne Einfluss auf die Solidarhaft der Gesellschaft gegenüber, desgleichen eine solche, wenn die Geschäftsführer neben anderen haften. § 52 des Ges. in Verb. mit § 249 H.G.B.[1]).

Aus der Fassung des Haftungsparagraphen geht unzweifelhaft hervor, dass bei einer Mehrheit von Geschäftsführern naturgemäss nur die zur Haftung herangezogen werden können, aus deren schuldhaftem Handeln der Schaden entstanden ist. Diese Auslegung entspricht vollkommen der Billigkeit, zumal wenn man eine Gesellschaft im Auge hat, deren Vertretung und Verwaltung unter verschiedene Personen geteilt ist, die vielleicht an verschiedenen Orten wohnen, so dass ihnen eine Beobachtung der Tätigkeit der anderen Geschäftsführer sehr erschwert, wenn nicht teilweise unmöglich ist. Eine Schadensersatzpflicht der Geschäftsführer ist naturgemäss auch ausgeschlossen, wenn sie gehandelt haben in Ausführung von Weisungen eines Organs, z. B. des Aufsichtsrats, dem gegenüber sie zum Gehorsam verpflichtet sind. Verstossen die Anweisungen gegen das Gesetzesrecht oder das Statutenrecht, so hat sich der Geschäftsführer der Ausführung zu enthalten[2]). Zur Sicherung und zu seiner Entlastung kann er jederzeit das oberste Beschlussorgan befragen. Enthält der Befehl Abweichungen von den Statuten, so kann der Geschäftsführer m. E. unbedenklich die Handlung dann vornehmen, wenn aus den Umständen hervorgeht, dass die Organmehrheit, die über eine Statutenänderung zu befinden hätte, damit einverstanden ist.

Zweifelhaft erscheint die Nichthaftung der Ge-

1) Vgl. Staub § 43 Anm. 29 S. 261.
2) Vgl. Bauer S. 109; Birkenbihl S. 231.

schäftsführer für den Fall, dass die ihnen anbefohlenen Handlungen gegen dispositive Vorschriften verstossen, wenn das beauftragte Organ hierfür unzuständig ist und aus den Umständen nicht hervorgeht, ob es die Billigung des competenten finden wird. Staub entbindet die Geschäftsführer hier jeglicher Haftung, da nicht sie, sondern das auftraggebende Organ Hüter für Befolgung der Vorschrift seien. Meines Erachtens jedoch wird der Geschäftsführer auch dann nicht seiner Haftung ledig, wenn er bei Abwägung dieser Umstände nicht das Wohl der G. m. b. H. mit der Tragweite des Auftrags in gewissenhafter Sorgfalt verglichen hat. Dass an sich schon der Gedanke, die Geschäftsführer bei Mitwirkung anderer verantwortlicher Organe nicht zu entbinden, sondern mit verantwortlich zu machen, im Gesetze vorhanden ist, beweist § 52 des Gesetzes in Verb. mit § 249 H.G.B., wonach mit den Mitgliedern des Aufsichtsrates auch die des Vorstandes als Gesamtschuldner haften.

Daraus ergibt sich m. E., dass prinzipiell auch bei Beauftragung übergeordneter Organe der Geschäftsführer zur Haftung herangezogen werden kann, und zwar unbedingt bei Verstössen gegen Vorschriften öffentlich rechtlicher Natur, bei Übertretung der Bestimmungen jedoch, die auf interner Rechtsbildung beruhen, nur dann, wenn sie entgegen dem Willen des dazu berufenen Organs erfolgt sind [1]).

Gänzlich erscheint es hiernach ausgeschlossen, den Geschäftsführer dann zur Haftung heranzuziehen, wenn er in Befolgung eines Beschlusses der Generalversammlung gehandelt hat.

Eine weitere Komplikation tritt hier jedoch ein, wenn der Beschluss der Versammlung ungültig war.

1) Vgl. Bauer S. 109.

Hat der Geschäftsführer die Ungültigkeit des Beschlusses gekannt oder musste er sie kennen, so kommt es darauf an, ob die Ungültigkeit auf Gründen basiert, die die Öffentlichkeit angehen oder ob sie auf einer Verletzung der Bestimmungen, über die der Gesellschaft selbst ein Dispositionsrecht zusteht, beruht. Im ersteren Falle scheint die Haftung zweifellos. Bei Beschlüssen jedoch, in denen ein Verstoss gegen Vorschriften liegt, deren Wandelbarkeit in der Hand der Gesellschafter ruht, kann der Geschäftsführer wohl annehmen, dass in demselben ein Verzicht auf Anwendung des Statutenrechts im konkreten Falle liegt und er mithin in seiner Ausführung den tatsächlichen Willen der Gesellschaft ausführt [1]).

Bei Erteilung eines speziellen Auftrags zu einer gewissen Handlung kommt die Möglichkeit in Frage, dass der Geschäftsführer bei Ausführung von den Weisungen abweicht, wenn er den Umständen nach annehmen durfte, dass der Auftraggeber bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde. Wenn die Vermutung der zukünftigen Billigung seitens der Gesellschaft einer Erwägung entstammt, die die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes erkennen lässt, so erscheint der Geschäftsführer gedeckt.

Findet z. B. der Abschluss eines ihm aufgegebenen Rechtsgeschäftes durch den Geschäftsführer unter noch vorteilhafteren Bedingungen statt, so muss unter allen Umständen das Geschäft der Verantwortung des Geschäftsführers nicht unterstellt werden, da er im Zweifel auch annehmen musste, dass die Auftraggeberin selbstverständlich auch das vorteilhaftere gewollt habe. Fraglicher ist dies, wenn das Geschäft unter weniger günstigen Bedingungen zum Abschluss

1) Vgl. Staub § 42 Anm. 5 u. 6 S. 256/57.

kommt. Dann hat, falls Einholung der weiter benötigten Anweisungen unausführbar ist, der Geschäftsführer nach dem Verantwortlichkeitsgefühl eines ordentlichen Geschäftsmannes zu handeln. Tut er dies, so wird er m. E. auch hier der Haftung ledig. Schliesslich liegt ja der Unterschied in der Beauftragung eines Geschäftsführers und eines gewöhnlichen Dritten darin, dass Ersterem kraft seiner Stellung ein grösseres Maß von Bewegungsfreiheit eingeräumt werden muss als dem Dritten, der an sich in keinem weiteren als dem blossen Auftragsverhältnis zum Auftraggeber steht [1]).

Ehe auf die speziellen vom Gesetze besonders aufgeführten Verpflichtungen zur Haftung eingegangen werden soll, mag, da von allgemeiner Bedeutung, die Verjährung dieser Ansprüche vorerst besprochen werden.

Das Gesetz statuiert in § 43 Abs. 4 für die Regressansprüche der Gesellschaft gegenüber den Geschäftsführern eine Verjährungsfrist von 5 Jahren. Die Verjährung beginnt mit Entstehung des Anspruchs, aus dem das Regressrecht der G. m. b. H. fliesst. § 198 B.G.B.

Die Verjährungsbestimmung fasst die Ansprüche allgemein zusammen, ohne eine weitere Unterscheidung zu treffen, in solche, bei denen die Geschäftsführer mit ihren Pflichten bona fide oder mala fide in Kollision geraten sind.

Für letztere kommen insbesondere die Bestimmungen über unerlaubte Handlungen mit in Betracht. Es fragt sich nun, ob in der Übertretung einer Vertragspflicht, in der Verletzung ihrer Obliegenheiten zugleich, wenn dolos begangen, ein deliktischer Tatbestand zu erblicken und daraus ein zweifacher Grund der Haftung des Geschäftsführers hergeleitet werden kann [2]).

1) Vgl. Bauer S. 109/110.

2) Vgl. Staub § 43 Anm. 20.

Diese Frage ist gerade bei Erwägung der Verjährungsfrist von Bedeutung.

Es kommt zunächst unsere 5jährige Verjährungsfrist in Betracht, laufend vom Tage der Entstehung. Der Anspruch auf Ersatz des auf einer unerlaubten Handlung entstandenen Schadens verjährt jedoch in drei Jahren von dem Zeitpunkte an, wo der Verletzte Kenntnis vom Schaden erlangt hat, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in 30 Jahren von der Begehung der Handlung an. Hat der Geschäftsführer sich durch die Handlung bereichert, so verjährt der Anspruch auf Herausgabe ebenfalls erst nach 30 Jahren, § 852 B.H.B. Eine Rechtsverletzung im Sinne unseres Gesetzes setzt lediglich einen Verstoss gegen die dem Geschäftsführer kraft dieses Gesetzes oder vertragsmäßig auferlegten Pflichten voraus, eine „unerlaubte Handlung“ dagegen eine Verletzung der allgemeinen Vorschriften der Rechtsordnung, nicht nur gewisser durch wirtschaftliche Körperschaftsbildung geschaffener eigentümlicher Pflichtenkomplexe. Eine unerlaubte Handlung in beiden Beziehungen liegt dann vor, wenn eine Pflichtverletzung eines Geschäftsführers auch dann an sich strafrechtliche Folgen nach sich ziehen würde, abgesehen davon, dass der Täter als Organ einer G.m.b.H. handelt. Begeht sonach der Geschäftsführer in Ausnützung seiner Stellung strafbare Handlungen und schädigt dadurch die Gesellschaft, so ergibt sich sonach zugleich seine Haftung aus dem Gesellschaftsverhältnis und dem Delikt. Nach Ablauf der 5jährigen Verjährungsfrist kommt demnach hier möglicherweise noch die von Kenntnis ab beginnende 3jährige, und und falls die Gesellschaft überhaupt nicht Kenntnis erhält, die allgemeine 30jährige in Betracht.

Aus dem verschiedenen Wesen der Schuldverhältnisse nur eine Alternative, kein Nebeneinander als

möglich hinzustellen, scheint bei schärferer Betrachtung vieler einzelner Fälle gerechtfertigt. Es widerspricht jedoch nicht der Tatsache, dass eine allgemein strafbare Rechtsverletzung zugleich die Obliegenheiten der Geschäftsführer tangieren kann, und es liegt demnach kein Grund vor, ein Nebenherlaufen des deliktischen und des nach unserem Gesetz eine Haftbarkeit begründenden Verschuldens anzunehmen.

Im Anschluss an die Feststellung der Haftung der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft hebt das Gesetz in § 43 einzelne besondere Fälle der Haftung hervor.

Zunächst sind die Geschäftsführer der Gesellschaft zum Ersatze verpflichtet, wenn den Bestimmungen des § 30 zuwider Zahlungen aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen der Gesellschaft gemacht worden sind. Der Grundsatz des § 30 dient dem Schutze der Gläubiger der Gesellschaft. Ihrem Zugriffe sollen Vermögensobjekte, die zum Stammkapital gehören, nicht durch Verteilung an die Gesellschafter entzogen werden.

Hiermit ist jedoch nicht gesagt, dass niemals unter keinen Bedingungen ein solcher Vorgang stattfinden dürfte. Es gibt Ausnahmen davon. Selbstverständlich in dem Falle, wenn ein Gesellschafter zugleich Gesellschaftsgläubiger ist. Dies ist er auch dann bezüglich Ansprüchen, wo er Gläubiger aus einem im Gesellschaftsvertrage selbst stipulierten Rechtsverhältnisse, z. B. Entgelt für Leistungen irgend welcher Art, ist. Aus dem Gesetz ergeben sich weiter folgende Ansprüche, das Recht auf den Teil des jährlichen Reingewinns. § 29, der Anspruch auf Rückzahlung von Gesellschaftsvermögen bei Kapitalsherabsetzung, § 58, und Einziehung, § 34, und schliesslich der Anspruch auf Nachschüsse, die zur Deckung eines Verlustes am

Stammkapital nicht erfordert waren oder tatsächlich nicht benötigt wurden, § 30 Abs. 2. Dies sind alles solche Leistungen, die liquide und wohlbegründet sind. Ansprüche, deren letztere auf Grund eines Generalversammlungsbeschlusses, mithin wohlerwogen, fixiert worden sind. Ausgeschlossen ist hiergegen die Berufung auf einen Gesellschafterbeschluss, der dem § 30 des Gesetzes zuwider Vermögensteile zur Verteilung an die Gesellschafter kommen lässt.

Eine Haftung für den Fall der Zahlung, der gegen § 30 verstösst, ist bereits in § 31 Abs. 3 des Ges. gegeben. Hiernach haftet der bösgläubige Empfänger mit dem Betrage. War er jedoch gutgläubig, nur soweit, als der Betrag zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist. Bei Ausfall der Erlangung haften, soweit der Betrag zur Deckung der Schulden noch benötigt wird, die Gesellschafter im Verhältnis ihrer Gesellschaftsanteile. Der Rückgriff richtet sich in erster Linie gegen die Gesellschafter als Bereicherte, die z. B. feste Zinsen bezogen, die sich Gewinn, der auf eine kürzere als die Zeit des Kalenderjahres entfallende Geschäftsperiode, haben auszahlen lassen, die Effektenbestände, die nicht mehr gebraucht werden, zurückübernommen haben, ohne dass eine gleichzeitige Herabsetzung des Stammkapitals stattgefunden hätte. Die Gesellschafter haben jedoch wiederum ein Regressrecht gegen die Geschäftsführer, denen ein Verschulden an der getroffenen Maßnahme zuzuschieben ist [1]). Diese haften jedoch nunmehr solidarisch, § 31 Abs. 6. Die Haftung der Geschäftsführer ist hiernach eine doppelt begründete, einesteils auf Grund des Regresses nach § 31 sekundär, anderenteils direkt auf Grund ihrer Pflichtverletzung gemäss § 43. Die Gesellschaft kann

1) Vgl. S. 130 dieser Abhandlung.

sich wahlweise an sie oder an die Gesellschafter halten. Verantwortlich sind jedoch in letzter Linie immer die Geschäftsführer.

Die Geschäftsführer sind ferner zum Ersatz verpflichtet, wenn den Bestimmungen des § 33 zuwider eigene Geschäftsanteile durch die Gesellschaft erworben worden sind. Diese darf eigene Geschäftsanteile, auf welche die Stammeinlage nicht voll eingezahlt ist, d. h. wenn sowohl eine Sacheinlage als eine Kapitaleinzahlungspflicht nicht erfüllt ist, nicht erwerben. Das Gesetz sagt „darf nicht“ und stellt dadurch die Unbedingtheit der Vorschrift fest, macht den Rechtsvorgang nichtig. Durch welches Rechtsgeschäft der Erwerb eines solchen Anteils erfolgt ist, ist gleichgültig, ausgenommen ist die Pfändung und solche Erwerbsarten, die im Gesetze selbst gegeben sind. §§ 21, 27, 28 des Ges.

Bedingt verboten ist der Erwerb eigener Geschäftsanteile, auf welche die Stammeinlage voll eingezahlt ist, soweit nicht der Erwerb aus dem über den Betrag des Stammkapitals hinaus vorhandenen Vermögen geschehen kann. § 33 Abs. 2. Hier handelt es sich um eine Sollvorschrift. Der einmal erfolgte Erwerb besteht zu Recht. Der Geschäftsführer hat jedoch durch Effektuierung des Erwerbs diese Sollvorschrift verletzt, selbst wenn er dabei das Beste der Gesellschaft im Auge hatte, und wird schadensersatzpflichtig, soweit die Ersparnis an auf den Anteil auszuzahlender Dividende, die durch Konfusion untergeht, hinter dem dafür angesetzten Äquivalent zurücksteht, sich daraus also ein Vermögensnachteil für die G.m.b.H. ergibt.

Auf diese Fälle bezieht sich eine Besonderheit. Das Gesetz verweist auf § 9 Abs. 2. Hat die Gesellschaft den Geschäftsführern gegenüber auf den Ersatz verzichtet oder mit ihnen diesbezüglich einen Vergleich

geschlossen, so ist beides insoweit unwirksam, als der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger sich erforderlich macht. Die Beweislast, dass der Anspruch zum genannten Zwecke notwendig ist, liegt der Gesellschaft ob; führt sie den Nachweis nicht, so ist sie an Verzicht und Vergleich gebunden. Erstreckt sich der Vergleich oder Verzicht auf eine grössere Summe, als zur Befriedigung notwendig ist, treffen mithin die Voraussetzungen der Unwirksamkeit nur auf einen Teil zu, so ist der übrige Vergleich gültig, wenn anzunehmen ist, dass die Gesellschaft auch in dem Falle für den übrigen Teil den Geschäftsführer hat entlasten wollen. § 139 B.G.B. — Diese beiden Fälle hebt das Gesetz besonders hervor.

Aber auch andererseits wird die Haftung der Geschäftsführer statuiert. Zunächst im Anmeldungsstadium. Da haften die Anmeldenden, mithin die Geschäftsführer, solidarisch für die Richtigkeit ihrer Angaben hinsichtlich der auf die Stammeinlagen gemachten Leistungen, § 9 Abs. 1, d. h. sie haften für die Wahrheit der zur Voraussetzung der Eintragung gemachten Angaben sowohl, dass von jeder Bareinlage ein Viertel, mindestens aber der Betrag von 250 Mk. eingezahlt ist, wie auch, dass die zu leistenden Sacheinlagen zur jederzeitigen Illation den Geschäftsführern zur Verfügung gestellt sind und stehen. Wenn Staub S. 62 aus dem Wortlaut, „soweit nicht andere als in Geld zu leistende Einlagen auf das Stammkapital gemacht sind“, es als selbstverständlich folgert, dass die Sacheinlagen vollständig bewirkt sein müssen, so ist nicht abzusehen, weshalb er, was ebenso gut möglich, bezüglich der Sacheinlagen auf Grund dieses Passus nicht auch folgert, dass diese in § 7 überhaupt aus der Betrachtung auszuscheiden haben. Bei dieser auf den Wortlaut des Gesetzes gestellten Alternative führt m. E.

die Zweckerwägung zur Entscheidung gegen Staub im Sinne anderer, dass, wo bei der Leistung von Bareinlagen der Gesetzgeber schon eine wesentliche Erleichterung in der Viertelsdeckung eingeführt hat, zum mindesten bei Sacheinlagen, bei deren Illation, man denke an Grundstücke, noch ganz andere Schwierigkeiten entstehen können, ebenso gut diese Erleichterungen am Platze sind, dass es mithin zweckentsprechender erscheint, die Geschäftsführer nur dafür haftbar zu machen, dass ihnen die Sacheinlagen zur Verfügung gestellt sind [1]).

Da gemäss § 78 des Ges. die Geschäftsführer die Anmeldung zu bewirken haben, trifft sie die Ersatzpflicht solidarisch. Sie haften für die objektive Richtigkeit und haben der Gesellschaft den Schaden zu ersetzen, der dadurch entstanden ist, dass sie nicht mehr mit dem angegebenen höheren, sondern mit dem tatsächlichen, niedrigeren Satz der Einlagen ins Leben tritt.

Sie haben auch für den Schaden einzustehen, der erwächst, dass mangels dieser Angaben die Anmeldung wirkungslos bleibt und die Gesellschaft nicht zum gewollten Zeitpunkt existent wird [2]).

Obgleich das Gesetz eine Haftung der Geschäftsführer gegenüber der juristischen Person der G. m. b. H. vor deren Entstehung nicht vorsieht, so ist es doch ganz natürlich und lässt sich analog den bestehenden Vorschriften völlig rechtfertigen, dass eine Verantwortung derselben auch in dieser Zeit bereits besteht. Sie sind zwar noch nicht Organ einer Körperschaft, aber sie stehen bereits zu der werdenden in einem Dienstverhältnis. Ihre Stellung ist demgemäss jetzt noch rein individualrechtlichen Charakters. Die Kon-

---

1) Vgl. Förtsch § 7 Anm. 4; Staub § 7 Anm. 11 f. S. 62—64.
2) Vgl. Förtsch § 7 Anm. 6; Staub § 7 Anm. 10 S. 62.

struktion des Verhältnisses als das einer Gesellschaft im Sinne der §§ 705 ff. B.G.B. erscheint mir gerechtfertigt. Wenn Staub sagt, dass die G.m.b.H. in diesem Stadium soweit rechts- und verkehrsfähig sei, als sie sich einen Geschäftsführer bestellen kann, so ist er wohl der gleichen Auffassung [1]). Bei der genannten Gesellschaft ist zwar der Geschäftsführer zugleich Gesellschafter. Wenn nun aber der Geschäftsführer bei der zu gründenden G.m.b.H. dies nicht ist oder nicht zu sein braucht, so ist er immerhin als von den Gesellschaftern durch Dienstvertrag gedungen anzusehen.

Ein Verschulden des Geschäftsführers ergibt demnach hier die Haftung aus Dienstvertrag oder Auftrag mit der Maßgabe, dass sich der Grad derselben schon nach dem Gesellschaftsvertrage, der schon besteht, richtet. Geschädigte und Ersatzforderungsberechtigte sind die Mitglieder der Gesellschaft, quotal nach ihren Gesellschaftsanteilen, §§ 722, 735 B.G.B.

Zu erwägen bleibt in dieser Frage noch das Maß der Haftung. Haftet der zukünftige Geschäftsführer bereits mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes oder nur mit der Sorgfalt des Gesellschafters, quam suis rebus adhibere solet, § 708 B.G.B. Es sprechen Zweckmässigkeitsgründe dafür, gerade im Gründungsstadium, wo sich Vorgänge von erhöhter Wichtigkeit abspielen, keine Haftung minderer Strenge eintreten zu lassen. Es scheint daher gerechtfertigt, die Haftung des Geschäftsführers in diesem Stadium derjenigen nach der Eintragung gleich zu erachten [2]).

Zu bedenken ist weiter die Frage, inwieweit Geschäftsführer für den durch Zahlungen, die nicht gegen die genannten Vorschriften verstossen, erwachsenen

1) Vgl. Staub § 9 Anm. 22 S. 75.
2) Vgl. Staub § 9 Anm. 22.

Schaden, z. B. unrichtig ausgezahlte Dividende, Ersatz zu leisten haben. Bösgläubige Empfänger müssen das Plus zurückzahlen, gutgläubige brauchen dies nicht. Für den Ausfall können die Geschäftsführer m. E. nur dann verantwortlich gemacht werden, wenn sie z. B. durch falsche Buchführung unrichtige Unterlagen für die Berechnung geliefert hatten, nicht jedoch falls sie ein Verschulden insoweit nicht trifft und die Auszahlung nach einem gültigen Beschlusse der Gesellschafter erfolgt ist.

Besonders zahlreiche Möglichkeiten für Haftbarmachung der Geschäftsführer entstehen bei Veränderungen in der Gesellschaftsstruktur, insbesondere bei Verschiebung des Vermögensstandes der G. m. b. H.

Eine Änderung dieser Art, die eine Handhabe der Gesellschaft zur Eliminierung eines bei Leistung der der Stammeinlage säumigen Gesellschafters und zum Erwerb dessen Anteils durch die Gesellschaft bildet, deren Verfolgung dem Geschäftsführer obliegt und die für ihn zur Ursache einer Haftung werden kann, ist die Kaduzierung, § 21 des Ges.

Die Geschäftsführer haben zunächst an den säumigen Gesellschafter eine erneute Aufforderung zur Zahlung innerhalb einer zu bestimmenden Notfrist unter Androhung seines Ausschlusses mit seinem Gesellschaftsanteil zu erlassen. Nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist, die mindestens einen Monat betragen muss, hat der Geschäftsführer den Gesellschafter seines Anteils für verlustig zu sprechen und zwar mittels eingeschriebenen Briefes. Dieser Ausspruch der Kaduzierung ist insofern wichtig, als er die Vorbedingung für den Rückgriff auf die Rechtsvorgänger des ausgeschlossenen Gesellschafters nach § 22 und die Voraussetzung der Deckung durch die übrigen Gesellschafter nach § 24 des Ges. bildet. Gerade hier kann

durch pflichtwidrigen Verzug oder durch gänzliche Unterlassung der Vornahme des Ausspruchs der Geschäftsführer einen Verlust durch Verzögerung des Rückgriffs herbeiführen, für den er dann zu haften hat[1]).

Analoge Haftungsverpflichtungen der Geschäftsführer wie bei der Gründung zeigen sich bei der Kapitalserhöhung.

Die besondere wirtschaftliche Bedeutung eines derartigen konstitutiven Aktes macht es auch hier erforderlich, eine besondere Haftung zu statuieren und zwar die hinsichtlich der Angaben, über die auf die Stammerhebung tatsächlich gemachten Leistungen. Es kommt mithin, gemäss § 57, § 9 des Ges. zur entsprechenden Anwendung.

Diese erwähnte wirtschaftliche Bedeutung der Garantie für Vorhandensein eines gewissen Kapitals fällt weg bei der Herabsetzung des Stammkapitals. Dagegen taucht hier der Schutz des Gläubigers auf. Der Geschäftsführer hat infolgedessen die Verpflichtung, den das Zugriffsrecht des Dritten sicherstellenden, oben geschilderten Vorschriften Genüge zu leisten.

Der Gesetzgeber hat jedoch davon abgesehen, in diesem Falle eine besondere Haftung z. B. gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, zu deren Schutz die Institution des Sperrjahres usw. getroffen ist, festzusetzen. Es bedarf jedoch nicht dieser Deckung, da nach §§ 823 ff. B.G.B. der Gläubiger gegen den Geschäftsführer, der vorsätzlich oder fahrlässig ihn durch Nichtachtung seiner Vorschriften schädigt, Schadensersatzansprüche an sich schon hat.

Das Gleiche gilt für die Pflichten der Geschäftsführer bei der den gleichen wirtschaftlichen Zweck,

1) Vgl. Staub § 21 Anm. 16 S. 154.

wenn auch möglicherweise unter anderen Gesichtspunkten verfolgenden Amortisation von Geschäftsanteilen. Auch hier macht der zur Erzielung günstigerer Gewinnverteilungen bei Schmälerung der Passivseite dienende Vorgang keine besonderen, von der allgemeinen Haftung der Geschäftsführer abweichende Verpflichtungen, insbesondere gegenüber dem Anteilsberechtigten notwendig.

Anlangend die Auflösung der G. m. b. H. statuiert das Gesetz in § 64 für den Fall der Konkurseröffnung eine Haftung der Geschäftsführer, die über die einfache Schadensersatzpflicht hinausreicht. Zunächst wird in Abs. 1 dieses Paragraphen dem Geschäftsführer die Beantragung der Eröffnung des Konkursverfahrens als Pflicht auferlegt, sobald Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eintritt, oder aus der Jahresbilanz oder einer im Laufe des Geschäftsjahres aufgestellten Bilanz Überschuldung sich ergibt.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes scheint es, als wenn der Tatbestand der Überschuldung und der Zahlungsunfähigkeit schon sofort bei ihrem Eintritt die Verpflichtung des Geschäftsführers und die Folgen der Ausserachtlassung der Vorschrift involvierten, ungeachtet des subjektiven Moments in der Person des Geschäftsführers. Gerade hier allein vom objektiven Tatbestande auszugehen, bedeutete bei der ausserordentlichen Tragweite der Vorschrift eine grosse Härte. Es muss vielmehr angenommen werden, dass den Geschäftsführern nachgelassen sein soll, erst nach Kenntnis der Umstände, nachdem sie eine gewisse Zeit mit nicht aussichtslosen Sanierungsversuchen, Stundungen u. a. verbracht haben, die Konkurseröffnung zu beantragen [1]). Die Geschäftsführer sind jedoch auch

1) Vgl. Staub § 64 Anm. 3 S. 368.

soweit haftbar und zwar solidarisch, als sie ein Verschulden trifft. § 43 des Ges.

Wenn einem von den mehreren Geschäftsführern infolge seiner anders gearteten Tätigkeit, beispielsweise während er für die G.m.b.H. im Auslande reiste, der Stand der Dinge unbekannt blieb oder er darüber getäuscht wurde, so kann man ihn nicht zur Haftung heranziehen, wenn man zugeben muss, dass er mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes verfahren ist, insofern er glaubte, dass er sich auf die Organe, denen die Buchführung in erster Linie oblag, verlassen könnte.

Der Zeitpunkt, von dem ab die tatsächliche Voraussetzung des Konkurses eingetreten ist, ist der Wendepunkt, von dem ab die Geschäftsführer alle an die Gläubiger geleisteten Zahlungen der Gesellschaft zu ersetzen haben [1]). Ein Schadensersatz gegenüber der Gesellschaft in direktem Sinne ist hier jedoch nicht erwachsen. Sie hat vielmehr einen Gläubiger durch Schuldtilgung befriedigt und ihre Schuld verringert, der Gedanke ist jedoch der: dadurch, dass aus den noch vorhandenen Aktiven noch gezahlt worden ist, hat sich deren Bestand, mithin die zur Ausschüttung kommende Masse verringert, ergo auch die Konkursquote, die auf den einzelnen Gläubiger entfällt, da die befriedigten Gläubiger nicht quotal, sondern gänzlich befriedigt sind. Es handelt sich hier also um eine Schädigung der Allgemeinheit der übrigen Konkursgläubiger, die aufgehoben wird, wenn der Geschäftsführer den entgangenen Betrag in die Konkursmasse einwirft. Wenn auch die G.m.b.H. von diesem Ersatz, den ihr der Geschäftsführer insoweit zu leisten hat, keinen Vorteil mehr geniesst, so wird sie dadurch doch

1) Vgl. Staub § 64 Anm. 7 S. 369.

so gestellt, als wenn zum erwähnten normalen, gesetzmässigen Zeitpunkte die Zahlungen an die Gläubiger aufgehört hätten, so dass die Ansprüche sämtlicher gleichmässig durch das Verfahren befriedigt werden könnten. Insofern ist die Haftung als eine Verpflichtung gegenüber der Gesellschaft anzusprechen, wenn auch den Vorteil daraus nur die Gläubiger ziehen.

Wenn auch diese rigorose Vorschrift den Schutz der Allgemeinheit bezweckt, so ist es dennoch trotz der Härte der Haftung nicht angebracht, dieser Verpflichtung pönalen Charakter beizulegen. Auch sie trifft die schuldigen Geschäftsführer als Solidarschuldner. Jeder von ihnen hat das Recht, den Antrag zu stellen, es bedarf nicht der zur Vertretung berufenen Zahl.

Die Pflicht zum Ersatz ruht jedoch nicht immer in gleicher Weise auf den Geschäftsführern. Ist nämlich ein Aufsichtsrat bestellt, so haben die Mitglieder desselben bei Erfüllung ihrer Obliegenheiten, hier bei Ausübung ihres Aufsichtsrechtes, ebenfalls die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden und die Stellung des Konkursantrags zu veranlassen. Sie haften demnach auch für den aus dieser Unterlassung entstehenden Schaden mit den Geschäftsführern zusammen als Gesamtschuldner. § 52 des Ges., § 249 H.G.B.

§ 13.

Die civilrechtliche Haftung der Geschäftsführer gegenüber den Gesellschaftern.

Zwischen den Gesellschaftern und den Geschäftsführern besteht ein direktes Rechtsverhältnis nicht, insbesondere ist ein Haftungs- und Vertragsverhältnis zwischen beiden, analog wie es im vorigen Abschnitt

zwischen Geschäftsführern und Gesellschaft geschildert worden ist, ausgeschlossen.

Auch durch Gesellschaftsvertrag ist eine Andersgestaltung, die eine direkte Haftungsmöglichkeit zulässig erscheinen liesse, ausgeschlossen und würde sich auch gar nicht durch Zweckmässigkeit rechtfertigen lassen.

Nur in einem Falle ist die Möglichkeit einer Haftung des Geschäftsführers dem Gesellschafter gegeben. Diese tritt ein, wenn Auszahlungen an den Gesellschafter zu Unrecht erfolgten und zwar von dem Vermögen der Gesellschaft, das zur Erhaltung ihres Stammkapitals erforderlich ist. § 30 des Ges.[1]) Derartig geleistete Zahlungen sind von den bereicherten Gesellschaftern zurückzuerstatten, jedoch bei ihrer Gutgläubigkeit nur soweit, als sie zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich sind. Ist die Erstattung vom Empfänger nicht zu erlangen, so wird der zu ersetzende Betrag von den übrigen Gesellschaftern im Verhältnis ihrer Anteile verteilt, beigetrieben. Die auf diese Weise in Anspruch Genommenen haben nun das bereits oben erwähnte Rückgriffsrecht gegen die Geschäftsführer, die diese Zahlungen entgegen dem Gesetze vorgenommen hatten, und zwar haften diese Geschäftsführer den Regressgesellschaftern solidarisch. § 31 Abs. 6 des Ges.[2]).

Diese Haftung ist eine subsidiäre indirekte, denn gemäss § 43 konnten die Geschäftsführer bereits direkt durch die Gesellschaft in Anspruch genommen sein. Ist dies nicht der Fall, so haften die Geschäftsführer den Gesellschaftern erst dann, nachdem die Gesellschaft auf sie zurückgegriffen hatte.

1) Vgl. S. 120 dieser Abhandlung.
2) Vgl. Staub § 31 Anm. 13 S. 193.

§ 14.

Die civilrechtliche Haftung der Geschäftsführer gegenüber Dritten.

Die straffe Organisation der G.m.b.H. und die Einfügung des Geschäftsführers bringt es mit sich, dass Verhältnisse des Geschäftsführers zur Aussenwelt, die eine Haftungspflicht für ihn herbeiführen können, nicht das Gesetz und die Körperschaftsverfassung zur Grundlage haben, sondern es können derartige Voraussetzungen nur entstehen bei Handlungen der Geschäftsführer, mit denen sie aus dem Rahmen des Organismus heraustretend, selbst nach den allgemeinen Grundsätzen des B.G.B. haftbar werden. Doch gesetzt den Fall, der Geschäftsführer habe seine Vertretungsbefugnis überschritten, so ist sein Handeln trotzdem nach § 38 Abs. 3 des Ges. für die G.m.b.H. und den Dritten bindend geworden. Diese Vorschrift der unbedingten Verpflichtung der G.m.b.H. schliesst Haftungsverhältnisse und Genehmigung, wie sie im B.G.B. beim falsus procurator § 179 vorkommen, aus. Dieses Moment zeugt wieder von der Einheitlichkeit des Körperschaftsorganismus, die individualrechtliche Beziehungen durch aus der inneren Struktur hervorgehende Rechtsverhältnisse ersetzt und beiseite drängt.

Freilich trotz dieser Geschlossenheit ist der Schutz des Dritten, des Gläubigers, im weitesten Maße berücksichtigt. Das Schutzprinzip dringt so weit in die innerorganischen Vorschriften ein, dass nach ihm der Geschäftsführer in Haftung zu nehmen ist, wenn allerdings auch nicht direkt. Es ist nur der Schein einer Inanspruchnahme dieser Art, als welche die Vorschrift des § 9 Abs. 2 ausgelegt werden kann, wonach trotz Vergleichs oder Verzichts der Gesellschaft auf Ersatzansprüche gegenüber den Geschäftsführern diese be-

stehen bleiben, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger notwendig wird.

Ein einziger Fall direkter Haftung wird jedoch auch in unserem Gesetz statuiert. Er ist freilich nicht vom Gesichtspunkte der fertigen Organisation der G. m. b. H. zu betrachten, sondern er liegt vor dem Zeitpunkte der Entstehung der Körperschaft und ist in § 11 des Ges. vorgesehen. Dieser § dient zur Feststellung des Zeitpunktes, mit dem die G. m. b. H. ins Leben tritt, mithin zur Erhöhung der Rechtssicherheit. Er will erschweren, dass Geschäfte im Namen der Gesellschaft, wo diese noch gar nicht besteht, in leichtfertiger Weise abgeschlossen werden, um Komplikationen zu vermeiden; ein Ausschluss jeglichen Handelns wäre dagegen verkehrsstörend und unbillig. Um aber den Geschäftsführern eine besondere Vorsicht zur Pflicht zu machen, wird ihnen die Haftung für ihr Handeln vor Eintritt der Entstehung auferlegt, eine Haftung, die ihnen bei Bestehen der G. m. b. H. an sich obliegt, die aber hier, wo die dafür die Voraussetzung bildenden Rechtsverhältnisse noch nicht eingetreten sind, ausdrücklich statuiert wird, so dass es einer schwierigeren Konstruktion auf Grund der allgemeinen Vorschriften des B.G.B. nicht bedarf.

Auch nicht während des Bestandes des G. m. b. H., sondern ebenfalls in einem Übergangsstadium bei der oben beschriebenen Umwandlung einer A.-G. in eine G. m. b. H. werden die Geschäftsführer für die Beobachtung der Vorschriften der §§ 80 und 81 haftbar gemacht; d. h. es haben die sämtlichen, die im Übergangsstadium vertretungsberechtigt waren, den Gläubigern für den Schaden einzustehen, der diesen aus der Ausserachtlassung entsteht. § 81.

Aber auch während des Gesellschaftsbestandes kann der Geschäftsführer und nicht die G. m. b. H. auf

Grund falscher Angaben von dem getäuschten Dritten häufig zur Haftung herangezogen werden. Wenn z. B. bei einer Kapitalserhöhung die Geschäftsführer die Übernehmer neuer Anteile durch Irrtumserregung, durch Vorspiegelung eines günstigeren Standes und sicherer Gewinnaussichten zur Zeichnung bewogen haben, können diese sich an die Geschäftsführer zur Erstattung des entstandenen Schadens halten. Diese Haftung ist jedoch rein deliktischen Charakters. Sie trägt die Merkmale vorsätzlicher Vermögensbeschädigung zum Vorteile der G. m. b. H. [1]).

Dieser Fall ist jedoch nicht mit dem des § 82 zu verwechseln. Dort handelt es sich um Täuschung Privater, hier um eine solche gegenüber dem Gerichte zur Bewirkung einer falsch fundierten Eintragung.

§ 15.

Die strafrechtliche Haftung der Geschäftsführer.

Die juristische Person kann nicht delinquieren und doch können durch ihre Vertreter in ihrem Interesse Handlungen vorgenommen werden, die die Rechtsordnung verletzen und Strafe heischen. Da der Strafprozess jedoch das Individuum in seiner Eigenschaft als Subjekt der Strafe unterwirft, so kommen die Täter aus dem Organismus der G. m. b. H. nicht unter dem Gesichtspunkt ihrer Organqualität, sondern als einzelnstehende Individuen, deren Taten sich nach allgemeinen Prinzipien und bei einer Mehrheit von Tätern in ihren Wechselbeziehungen als Anstiftung, Beihülfe, Mittäterschaft charakterisieren, zur Aburteilung [2]).

---

1) Vgl. Bauer S. 290.

2) Vgl. Michel 1892 S. 33 f., der Deliktsfähigkeit der G. m. b. H. annimmt; dagegen R.G. i. Str.S. Bd. 16 S. 121; 5 S. 182; Staub S. 13 Anm. 5 S. 95.

Die strafrechtlichen Tatbestände lassen sich gruppieren in solche, die das handelnde Organ, der Geschäftsführer, im Interesse der Gesellschaft begeht, die jedoch allein auf seinen deliktischen Willen zurückzuführen sind, und in solche, die notwendigerweise aus seiner verantwortlichen Vertreterqualität als physische Person an Stelle der Körperschaft ihm zur Last fallen [1]). Andererseits lassen sich die für den Geschäftsführer in Betracht kommenden Strafrechtsnormen gliedern in die der allgemeinen Vorschriften und die speziellen dieses Gesetzes. Erstere bieten nichts Besonderes. Denkbar ist und verhältnismässig häufig wird das Vergehen der Urkundenfälschung, § 267 St.G.B., und vor allem das der Untreue nach § 266 Ziff. 2 St.G.B. vorkommen. Im Aktienrechte ist in § 312 H.G.B. das absichtlich zum Nachteile der Gesellschaft gewollte Handeln unter Strafe gestellt, eine analoge Vorschrift für die G.m.b.H. ist jedoch nicht vorhanden. Hier kommt mithin nur der genannte Strafrechtsparagraph in Betracht, wonach der Bevollmächtigte, der über die Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers, d. i. der Gesellschaft, absichtlich zum Nachteile derselben verfügt, zu bestrafen ist. Das Aufbürden einer Schuldenlast ist hier nicht wie beim Aktienrecht Kriterium, sondern es bedarf eines Verfügens über ein bestimmtes Vermögensobjekt der G.m.b.H. [2]).

Auf die strafrechtlichen Vorschriften unseres Gesetzes will ich in folgendem eingehen. Sie befinden sich in den drei Schlussparagraphen und bezwecken den Schutz der Allgemeinheit und den der Gesellschafter selbst indirekt insofern, als ihre den der

1) Vgl. Staub § 2 Anm. 13 S. 30; Anm. 7 S. 95.
2) Vgl. Staub, Exc. zu § 84 Anm. 2 S. 436.

G. m. b. H. gleichlaufenden Interessen durch einen geregelten, von den gerügten Unregelmässigkeiten verschonten Geschäftsbetrieb gewahrt bleiben.

An erster Stelle sind unter Strafe gestellt falsche Angaben der zur Anmeldung für die publica fides berufenen oder dabei mitwirkenden Personen, mithin zumeist der Geschäftsführer und zwar sind dies in erster Linie § 82 Nr. 1 die Anmeldungen hinsichtlich der Einzahlung auf die Stammeinlagen, die der öffentlichen Meinung und dem Kreditverkehr Anhaltpunkte für Wertung einer neu zu begründenden Gesellschaft oder einer schon bestehenden bei beabsichtigter Kapitalerhöhung bieten. Unter Nr. 2 dagegen handelt es sich um die hinsichtlich der Sicherstellung und Befriedigung der Gläubiger als Voraussetzung einer Kapitalsherabsetzung von den Geschäftsführern gegebenen Versicherungen.

In Nr. 3 endlich sind im allgemeinen nicht nur Geschäftsführer, sondern auch Liquidatoren Mitglieder des Aufsichtsrats oder eines ähnlichen Organs unter Strafe gestellt, wenn sie in einer öffentlichen Mitteilung die Vermögenslage der G. m. b. H. wissentlich falsch darstellen oder verschleiern[1]). Dass der Vermögensstand dadurch in günstigerem Lichte dargestellt sein muss, ist nicht erforderlich. Es genügt jedes wissentliche Abweichen von den tatsächlichen Vermögensverhältnissen, das über den Rahmen einer Fehlschätzung bei hier häufig vorkommenden Taxen offenkundig hinausgeht, durch welches Gesellschafter, Gläubiger und Dritte in ihren Entschliessungen bezüglich ihrer Beziehungen zur G. m. b. H. beeinflusst werden, um von dem abzuweichen, was sie bei Kenntnis des wahren Sachstandes unternehmen würden.

---

1) Vgl. Staub § 82 Nr. 3 S. 432, 433.

Das Strafmaß beträgt bei allen dreien Gefängnisstrafe von 1 Tag bis zu 1 Jahr und zugleich Geldstrafe bis zu 5000 Mk. Als Nebenstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden. Sind mildernde Umstände vorhanden, so ist ausschliesslich auf die Geldstrafe zu erkennen. Bei diesen Delikten ist nur das vollendete Vergehen, nicht auch der Versuch strafbar, da eine Versuchsstrafe nicht ausdrücklich im Gesetze vorgesehen ist. § 43 Str.G.B. [1]).

Die übrigen Strafbestimmungen des Gesetzes beschäftigen sich mit der Strafbarkeit der Geschäftsführer im Gesellschaftskonkurse.

§ 83 statuiert die Anwendbarkeit der §§ 239—241 der K.O. gegen die Geschäftsführer einer G.m.b.H., die ihre Zahlungen eingestellt hat, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, wenn die Geschäftsführer in dieser ihrer Eigenschaft die mit Strafe bedrohten Handlungen begangen haben. Der Schlusssatz könnte Zweifel lassen, ob ein Geschäftsführer, dessen „Eigenschaft“ nicht wohl begründet auf rechtsgültiger Bestellung, Gesellschafterbeschluss u. a. beruht, der aber die Tätigkeit ausübte, unter Strafe genommen werden könnte. Dass dies der Fall ist, unterliegt m. E. keinem Zweifel. Es würden, wollte man keine Strafbarkeit annehmen, dadurch Hintertüren geschaffen, um auf Grund einer civilrechtlich anfechtbaren Bestellung mangels einer verantwortlichen Person skrupellos betrügerisch zu bankerottieren.

Der § 84 enthält ein Omissivdelikt. Er pönalisiert die Unterlassung des Antrags auf Eröffnung des Konkursverfahrens, wenn die in § 64 fixierten Voraussetzungen der Überschuldung oder Zahlungsunfähig-

1) Vgl. Staub § 82 Anm. 21 S. 433.

keit der G.m.b.H. eingetreten sind. Das Gesetz belegt schlechthin Geschäftsführer und Liquidatoren mit Strafe und zwar Gefängnisstrafe bis zu drei Monaten, daneben Geldstrafe bis zu 1000 Mk. Diese Vorschrift macht den Geschäftsführern die strengste Überwachung des Vermögensstandes der G.m.b.H. zur Pflicht. Da hiernach jedoch sämtliche Geschäftsführer von der Härte des Gesetzes getroffen würden, auch solche, denen ihrer Stellung nach eine Aufsicht über die Bilanz gar nicht oblag, spricht das Gesetz in § 3 die Straflosigkeit derjenigen aus, bezüglich deren festgestellt wird, dass der Antrag ohne ihr Verschulden unterblieben sei. Dies kann der Fall sein, wenn der Geschäftsführer durch Umstände, die er nicht zu vertreten hat, z. B. eine weite Geschäftsreise oder durch Krankheit verhindert worden ist, sich über den fraglichen Vermögensstand der G.m.b.H. zu informieren[1]). Auch hier lässt es das Gesetz bei Zubilligung mildernder Umstände ausschliesslich bei der Geldstrafe bewenden.

Dies sind die einzigen Strafvorschriften unseres Gesetzes. Es haben nicht Aufnahme gefunden die Strafbestimmungen des Aktienrechts, z. B. die schon oben erwähnte Untreuvorschrift des § 312 H.G.B. Es fehlen naturgemäss die Bestimmungen, die zur Sicherung von Einrichtungen dienen, die bei der G.m.b.H. lediglich fakultativ sind, so die des § 315 für den Fall eines interregnums des Aufsichtsrates, ferner die Vorschrift gegen die unbefugte Ausgabe von Geschäftsanteilscheinen, die gesetzlich ebenfalls nicht erfordert ist, § 413 Nr. 3 H.G.B. Schliesslich enthält das Gesetz nichts über falsche Manipulationen bei Ausübung des Stimmrechts. Mangels besonderer Vorschriften kommen

1) Vgl. Staub § 84 Anm. 4 S. 435.

demnach hier die allgemeinen Strafgesetze, Betrug und Urkundenfälschung zur Anwendung. Hier fehlt so z. B. eine Strafe der falschen Hinterlegungsbescheinigung von Geschäftsanteilen zum Nachweis des Stimmrechts in der Versammlung, § 316 H.G.B., straflos bleibt der Stimmkauf, § 317, der Missbrauch fremder Geschäftsanteile zur Ausübung des Stimmrechts, § 318, und das entgeltliche Leihen und Verleihen von Geschäftsanteilen und Stimmen mit solchen, § 318 Satz 2 H.G.B. Alle diese Vorschriften haben in unserem Gesetz keine Aufnahme gefunden, es sind Schutzvorschriften, die sich durch die ausserordentliche Begebbarkeit der Aktie und des innewohnenden Rechts vernotwendigt haben, die jedoch bei unserer Art der Betätigung dieses Rechts aus dem Geschäftsanteil, das viel stabiler ist, nicht notwendig ist.

§ 16.

Die Endigung des Geschäftsführerverhältnisses.

Wie die Bestellung als Akt aufzufassen war, durch den sich die Einfügung der Geschäftsführer als Organ in den Organismus, als ein dem Individualrecht fernstehender Vorgang vollzog, so ist die Entlassung oder sonstige Beendigung der Geschäftsführung lediglich von demselben Gesichtspunkte aus zu betrachten, unter Ausschaltung der Rechtsfragen, die zugleich sich aus dem zu Grunde liegenden individualrechtlichen Verhältnis ergeben.

Zunächst endigt das Geschäftsführerverhältnis durch den Tod des Geschäftsführers und andererseits durch Auflösung der G. m. b. H., sei es durch Liquidation oder durch Ablauf der Zeit, die für die Gesellschaft in Aussicht genommen war. Fraglich ist, ob bei Eintreten eines statutenmässigen Unfähigkeitsgrundes des Ge-

schäftsführers ipso jure sein Amt endigt. Meines Erachtens nicht. Verliert z. B. ein Geschäftsführer die bürgerlichen Ehrenrechte oder wird er wegen Geisteskrankheit entmündigt, so sind dadurch zunächst die Voraussetzungen seiner Entlassung gegeben, diese selbst aber noch nicht erfolgt. Die Entlassung setzt eine Entschliessung des durch Gesellschaftervertrag dazu ermächtigten Organs, in Ermangelung besonderer Bestimmungen, der Gesellschafterversammlung, voraus. Wenn der Gesellschaftsvertrag einen Unfähigkeitsgrund statuiert, so geht daraus hervor, dass die G. m. b. H. bei einer besonderen in der Person der Geschäftsführer eintretenden Veränderung ihre Entlassung nicht nur normiert haben will, sondern auf die verantwortlichen Organe zugleich einen Zwang in dieser Hinsicht ausüben will. Dass damit jedoch eine Umgehung der Entschliessung des kompetenten Organs beabsichtigt ist, ist m. E. nicht zutreffend, es soll vielmehr nur eine Norm zur Ausübung des Widerrufsrechts gegeben sein. Dieses Recht ist gesetzlich statuiert als Mittel zur Entfernung der Geschäftsführer, es ist der formelle Weg. Es ist daher nicht abzusehen, weshalb man ihn auf Kosten der Rechtssicherheit, die nicht in dem Maße gewahrt wäre, wenn die Entlassung ipso jure einträte, verlassen sollte.

Das genannte Widerrufsrecht bildet die Regel der Entlassung eines Geschäftsführers, der Widerruf ist contrarius actus der Bestellung, mithin der Vorgang, durch den das Organverhältnis der Geschäftsführer gelöst wird.

Damit ist noch nicht gesagt, dass ebenfalls dadurch das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis aufhören muss, wenn auch z. B. ein Geschäftsführer, dem gegenüber das Widerrufsrecht ausgeübt wird, implicite dadurch sein Dienstverhältnis als gekündigt anzusehen

haben wird [1]). Durch den Widerruf geht der Geschäftsführer seiner Organstellung verlustig, er ist nicht mehr berechtigt und verpflichtet, die ihm kraft dieser obliegenden Funktionen, insbesondere die Vertreterfunktion auszuüben [2]). Wenn der Geschäftsführer somit aufhört, der Gesellschaft Dienste zu leisten, so führt dies doch noch nicht zur Aufhebung der Ansprüche aus dem bestehenden Dienstvertrage.

Aus diesem kann der Geschäftsführer Schadensersatz wegen unzeitgemässer Kündigung auf Erstattung der Auslagen bei schleuniger Räumung seiner Dienstwohnung verlangen und zwar kraft des Dienstvertrags oder des sonstwie zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses.

Diese Scheidung beider Rechtskategorien und die Anerkennung der Notwendigkeit, dass eine G. m. b. H. jederzeit verfügungsmächtig über die zu ihrer verantwortlichen Funktion berufenen Organe sein muss, enthält das Gesetz in dem Zusatze zu der ausdrücklichen Feststellung der Widerruflichkeit „unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen". § 38 Abs. 1.

Diesem Prinzip entspricht es, dass das Widerrufsrecht völlig der Willkür der dazu berechtigten Organe anheim gegeben ist. Als solche kommen die in Betracht, denen nach dem Gesellschaftsvertrage Bestellung der Gesellschafter obliegt, denn es ist anzunehmen, dass die Zuständigkeit für einen bestimmten Akt auch ihre Berechtigung für die Vornahme des contrarius actus in sich schliesst, zumal durch letztere Maßnahme sie nicht dieselbe Verantwortlichkeit auf sich laden, wie durch die Bestellung [3]). Mangels be-

1) Vgl. Staub § 38 Anm. 4 S. 228.
2) Vgl. Staub § 38 Anm. 4 S. 228.
3) Vgl. Staub § 38 Anm. 3 S. 228.

sonderer statutarischer Feststellungen unterliegt sowohl Bestellung wie Abberufung der Geschäftsführer der Bestimmung der Gesellschafter. §§ 45, 46 Ziff. 5 des Ges.

Es fragt sich nun weiter, ob das Widerrufsrecht mangels besonderer Beschränkungen unbedingt auf die möglichen Arten ausübbar ist oder ob besondere Umstände der Bestellung Abweichungen von unserem Paragraphen herbeiführen können. Hat z. B. der Geschäftsführer sein Amt als Gesellschafter übernommen und basiert seine Einsetzung auf dem Statut, bedarf es da eines Statutenänderungsbeschlusses? Die Praxis verneint dies durchgängig[1]). Das Widerrufsrecht beruht vielmehr auf einer zum Schutze der G. m. b. H. getroffenen Vorschrift zwingender Natur, die mithin durch autonome Andersregelung nicht alteriert werden kann.

Ist das Widerrufsrecht an sich ein notwendiger unverzichtbarer Bestandteil des Gesellschaftsrechtes, so ist dennoch vom Gesetzgeber seiner Modifizierung ein gewisser Spielraum gelassen.

Es kann auf den Fall beschränkt werden, dass ein wichtiger Grund zur Rechtfertigung vorliegt und zwar muss dies im Gesellschaftsvertrage und nur allein dort ausgesprochen sein. Aber das Widerrufsrecht kann selbst dadurch nicht derart geknebelt werden, dass es, wenn es tatsächlich willkürlich bei Nichtvorliegen eines wichtigen Grundes ausgeübt würde, dem Geschäftsführer gegenüber nicht durchdringen könnte. Derselbe hat den Widerruf vielmehr gegen sich gelten lassen, wenngleich er auch auf einer Verletzung der Gesellschaftsregel beruht. Er verliert dadurch das Recht auf sein Amt und kann nicht auf Wieder-

---

1) Vgl. Staub § 38 Anm. 1 S. 228; Merzbacher § 38 Nr. 1 S. 93; R.G. Bd. 44 S. 95 ff.

einräumung klagen[1]). Es steht ihm jedoch das Recht zu, den im Widerspruch mit dem Statut ergangenen Beschluss anzufechten. Dabei hat er seinen Antrag damit zu begründen, dass ein wichtiger Grund zu seiner Entlassung nicht vorgelegen habe. Insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmässigen Geschäftsführung ist als solcher anzunehmen. Ob ein wichtiger Grund vorliegt, darüber entscheidet das richterliche Ermessen. Das Vorliegen eines solchen braucht jedoch nicht immer aus dem Umstand gefolgert werden, dass der Geschäftsführer sich durch seine in Frage kommende Handlung civilrechtlich der G. m. b. H. gegenüber haftbar gemacht hat.

Hat nun auch der Geschäftsführer seinerseits ein Recht seine Tätigkeit zu beenden, kann er sich seiner Organqualität begeben?

Dazu hat er, folgt man der bisher gegebenen Charakteristik seiner Stellung im Organismus als dessen immanenter Teil, kein Recht[2]). Er kann nicht ändernd in den Organismus der Körperschaft eingreifen, vielmehr sind dazu nur die gesetzlich oder statutarisch berufenen Organe ermächtigt. Er kann lediglich den Anstoss geben zu diesem innerorganischen Vorgang, der seine Ausscheidung bezwecken soll und zwar kann er dies bloss, soweit er als Berechtigter aus dem zu Grunde liegenden individualrechtlichen Verhältnis in Betracht kommt. Kündigt er z. B. den Dienstvertrag, so muss ihn die Gesellschaft von seiner Tätigkeit entbinden. Aber auch wenn er selbst Gesellschafter ist, kann er jederzeit nach den Grundsätzen des B.G.B. sein Vorstandsamt niederlegen[3]). Freilich ist er in

1) Vgl. Birkenbihl S. 202; R.O.H.G. Bd. 14 S. 85; vgl. S. 40, 41 dieser Abhandlung.

2) Vgl. Birkenbihl S. 203; Hergenhahn S. 82, 5.

3) Vgl. § 712 Abs. 2 B.G.B.

dieser Beziehung an Rücksichten gebunden. Er darf nicht zur Unzeit kündigen, um der Gesellschaft Zeit zur Beschaffung eines Ersatzmannes zu lassen. Selbst nicht, wenn er seinerseits einen wichtigen Grund hat. Dies letztere erscheint jedoch nicht erforderlich, wenn er, ohne feste Bezüge, in einem nur vorübergehenden Verhältnisse zur G. m. b. H. steht. Fehlt der Geschäftsführer in dieser Beziehung, so macht er sich schadensersatzpflichtig. §§ 675, 671 Abs. 2 B.G.B. Mit der Endigung des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses ist zugleich ein definitives Ausscheiden gegeben.

Ein der Bestellung entsprechender Akt ist vom Gesetzgeber nicht vorgesehen. Der analoge Vorgang ergibt sich stillschweigend aus der Notwendigkeit, den Geschäftsführer bei Vorliegen der rechtlichen Voraussetzungen seinem Willen gemäss entlassen zu müssen. Mit Entlassung und Widerruf erlischt auch Pflicht und Recht zur Vertretung und nicht mehr der Geschäftsführer, sondern andere oder sein Nachfolger sind daher zur Anmeldung dieser Veränderung zum Handelsregister berufen.